CNUDCI

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI Annuaire

Volume XXXVII: 2006

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

ANNUAIRE

Volume XXXVII 2006

NATIONS UNIES
New York, 2011

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/2006

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.11.V.1
ISBN 978-92-1-233499-8
ISSN 0251-4257

Copyright © Nations Unies, décembre 2011. Tous droits réservés.

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

TRENTE-NEUVIÈME SESSION (2006) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006) (A/61/17) 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-troisième session (TD/B/53/8 (Vol. I)) 64

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session (A/61/453) 65

D. Résolutions de l'Assemblée générale 61/32 et 61/33 du 4 décembre 2006 67

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

I. SÛRETÉS 77

A. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 5-9 septembre 2005) (A/CN.9/588) 77

B. Note du Secrétariat sur les sûretés: recommandations du projet de Guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session (A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5) 104

C. Note du Secrétariat concernant le projet de Guide législatif sur les opérations garanties, présentée au Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session (A/CN.9/WG.VI/WP.22 et Add.1) 165

D. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa neuvième session (New York, 30 janvier-3 février 2006) (A/CN.9/593) 188

E. Note du Secrétariat sur les sûretés: recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa neuvième session (A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5) 209

F. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa dixième session (New York, 1er-5 mai 2006) (A/CN.9/603) 274

G. Note du Secrétariat sur les sûretés: projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa dixième session (A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 8) 297

H. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa dixième session (A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 et 2) . . . 384

I. Note du Secrétariat sur les sûretés: projet de guide législatif sur les opérations garanties: sûretés réelles mobilières sur des créances (A/CN.9/611 et Add.1 à 3) 425

II. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION 469

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-troisième session (Vienne, 3-7 octobre 2005) (A/CN.9/589) 469

B. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.136) 496

C. Règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, proposition du Mexique, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1) 501

D. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.138) 506

E. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-troisième session (New York, 23-27 janvier 2006) (A/CN.9/592) 525

F. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.139) 555

G. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.141) 577

H. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires (A/CN.9/605) 586

I. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: forme de la convention d'arbitrage (A/CN.9/606) 598

J. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York (A/CN.9/607) 607

K. Note du secrétariat concernant le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales (A/CN.9/609 et Add.1 à 6) 614

L. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux (A/CN.9/610 et Add.1) 636

III. PASSATION DE MARCHÉS 651

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005) (A/CN.9/590) 651

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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session (A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1) 675

C. 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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session (A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1) 712

D. 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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1) 744

E. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa neuvième session (New York, 24-28 avril 2006) (A/CN.9/595) 775

F. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1). 799

G. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session (A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1). 839

H. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1). 866

I. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1). 905

IV. DROIT DES TRANSPORTS 941

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 28 novembre-9 décembre 2005) (A/CN.9/591) 941

B. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], compétence et arbitrage: informations présentées par la délégation danoise à la quinzième session, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.49) 1004

C. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], droit de contrôle: informations présentées par la délégation norvégienne, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.50 et Rev.1) 1017

D. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: champ d'application et liberté contractuelle: informations présentées par la délégation finlandaise à la quinzième session, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.51). 1022

E. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: transfert de droits: informations présentées par la délégation suisse, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.52). 1041

F. Note du secrétariat sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: tableau comparatif concernant les limites de la responsabilité du transporteur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.53) 1047

G. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des Pays-Bas concernant l'arbitrage, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.54) 1058

H. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur : informations présentées par la délégation suédoise, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.55). 1061

I. Note du secrétariat sur le droit des transports: projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.56) 1071

J. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: livraison: informations présentées par la délégation néerlandaise, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.57). 1228

K. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des États-Unis d'Amérique, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.58) 1242

L. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.59). 1246

M. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006) (A/CN.9/594) 1249

N. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition de la Finlande, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.61) 1310

O. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport: document présenté pour information par la délégation des États-Unis d'Amérique, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.62). 1325

P. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: livraison au destinataire: proposition de la Suisse, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.63). . 1345

Q. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: observations du Conseil des chargeurs maritimes d'Europe, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.64). 1350

R. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition du Japon, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.65) 1364

S. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: contrats de tonnage: document présenté par le Comité maritime international au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.66). 1368

T. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: proposition de texte de la délégation suédoise, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.67). 1375

U. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des Pays-Bas, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.68) 1388

V. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: proposition des États-Unis d'Amérique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.69). 1395

W. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: propositions de la délégation italienne, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.70) 1402

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES 1407

A. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/604) 1407

B. Note du secrétariat sur le droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles (A/CN.9/596). 1426

C. Note du secrétariat sur les évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/597) . 1435

D. Note du secrétariat sur la fraude commerciale: travaux en cours et travaux futurs possibles (A/CN.9/600) 1442

VI. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI. 1449

VII. ASSISTANCE TECHNIQUE DANS LE DOMAINE DE LA RÉFORME DU DROIT 1451

Note du secrétariat sur l'assistance technique (A/CN.9/599) 1451

VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI. 1467

État des conventions et des lois types (A/CN.9/601). 1467

IX. COORDINATION ET COOPÉRATION 1469

Note du secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international (A/CN.9/598 et Add.1 et 2) 1469

Troisième partie. Annexes

I. ARTICLES RÉVISÉS DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL 1525

II. 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, ADOPTÉE PAR LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL LE 7 JUILLET 2006 À SA TRENTE-NEUVIÈME SESSION 1527

III. NOTE EXPLICATIVE RELATIVE À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX 1529

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI (A/CN.9/602) 1531

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL. 1559

VI. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 1571

INTRODUCTION

Le présent volume est le trente-septième 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 trente-neuvième session, tenue à New York du 19 juin au 7 juillet 2006, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

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

La troisième partie contient les articles révisés de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, la recommandation concernant 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, adoptée par la CNUDCI le 7 juillet 2006 à sa trente-neuvième session, les notes explicatives accompagnant la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, une liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente-neuvième 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 Télex: 135612 Télécopieur: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org
Adresse Internet: http://www.uncitral.org

---

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

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2
XXIII	1992	F.94.V.7
XXIV	1993	F.94.V.16
XXV	1994	F.95.V.20
XXVI	1995	F.96.V.8
XXVII	1996	F.98.V.7
XXVIII	1997	F.99.V.6
XXIX	1998	F.99.V.12
XXX	1999	F.00.V.9
XXXI	2000	F.02.V.3
XXXII	2001	F.04.V.4
XXXIII	2002	F.05.V.13
XXXIV	2003	F.06.V.14
XXXV	2004	F.08.V.8
XXXVI	2005	F.09.V.8

Première partie

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

I. TRENTE-NEUVIÈME SESSION (2006)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006)

(A/61/17) [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	4-8
	C. Élection du Bureau	9
	D. Ordre du jour	10
	E. Constitution de deux comités pléniers	11
	F. Adoption du rapport	12
III.	Approbation préliminaire d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties	13-86
	A. Approbation quant au fond des recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties	13-78
	B. Travaux futurs	79-86
IV.	Finalisation et adoption des dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage et d'une déclaration relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères	87-187
	A. Organisation des délibérations	87
	B. Examen des projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires	88-145
	C. Examen du projet de disposition législative sur la forme de la convention d'arbitrage	146-176
	D. Examen du projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York	177-180
	E. Adoption des dispositions législatives et de la recommandation	181
	F. Travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux	182-187
V.	Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I	188-192
VI.	Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III	193-200

VII. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique 201-206

VIII. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité 207-210

IX. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale 211-217

X. Suivi de l'application de la Convention de New York 218-220

XI. Assistance technique en matière de réforme du droit 221-229

A. Activités d'assistance technique 221-223

B. Ressources d'assistance technique 224-228

C. Activités futures 229

XII. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI 230-231

XIII. Coordination et coopération 232-255

A. Remarques générales 232-234

B. Coordination et coopération dans le domaine du droit du financement garanti 235-251

C. Rapports d'autres organisations internationales 252-255

XIV. Congrès en 2007 256-258

XV. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale 259-261

XVI. Questions diverses 262-268

A. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 262-264

B. Réunion spéciale comprenant la cérémonie de signature de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux 265-266

C. Stages 267

D. Bibliographie 268

XVII. Date et lieu des réunions futures 269-274

A. Débat général sur la durée des sessions 269-271

B. Quarantième session de la Commission 272

C. Sessions des groupes de travail avant la quarantième session de la Commission 273

D. Sessions des groupes de travail en 2007 après la quarantième session de la Commission 274

Annexes

I. Articles révisés de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international . . . . . .

II. 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, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006 à sa trente-neuvième session . . . . . .

III. Liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente-neuvième session . . . . . .

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur les travaux de sa trente-neuvième session, tenue à New York, du 19 juin au 7 juillet 2006.

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

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La trente-neuvième session de la Commission a été ouverte le 19 juin 2006.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États, élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 16 octobre 2000 et le 17 novembre 2003, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1]: Afrique du Sud (2007), Algérie (2010), Allemagne (2007), Argentine (2007), Australie (2010), Autriche (2010), Bélarus (2010), Belgique (2007), Bénin (2007), Brésil (2007), Cameroun (2007), Canada (2007), Chili (2007), Chine (2007), Colombie (2010), Croatie (2007), Équateur (2010), Espagne (2010), États-Unis d'Amérique (2010), ex-République yougoslave de Macédoine (2007), Fédération de Russie (2007), Fidji (2010), France (2007), Gabon (2010), Guatemala (2010), Inde (2010), Iran (République islamique d') (2010), Israël (2010), Italie (2010), Japon (2007), Jordanie (2007), Kenya (2010), Liban (2010), Lituanie (2007), Madagascar (2010), Maroc (2007), Mexique (2007), Mongolie (2010), Nigéria (2010), Ouganda (2010), Pakistan (2010), Paraguay (2010), Pologne (2010), Qatar (2007), République de Corée (2007), République tchèque (2010), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2007), Rwanda (2007), Serbie (2010), Sierra Leone (2007), Singapour (2007), Sri Lanka (2007), Suède (2007), Suisse (2010), Thaïlande (2010), Tunisie (2007), Turquie

---

[1] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 17 ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-cinquième session, le 16 octobre 2000 (décision 55/308), et 43 à sa cinquante-huitième session, le 17 novembre 2003 (décision 58/407). Par sa résolution 31/99, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonction le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection.

(2007), Uruguay (2007), Venezuela (République bolivarienne du) (2010) et Zimbabwe (2010).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la session à l'exception des États suivants: Équateur, ex-République yougoslave de Macédoine, Fidji, Israël, Jordanie, Liban, Mongolie, Rwanda, Tunisie, Uruguay et Zimbabwe.

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Bangladesh, Bolivie, Bulgarie, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Cuba, Égypte, El Salvador, Finlande, Guinée, Koweït, Lesotho, Lettonie, Nouvelle-Zélande, Panama, Philippines, République arabe syrienne, Roumanie, Saint-Siège, Sénégal, Slovénie, Tonga, Ukraine et Viet Nam.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Commission économique des Nations Unies pour l'Europe;

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque des États de l'Afrique centrale, Comité consultatif international du coton, Communauté européenne, Institut international pour l'unification du droit privé et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission*: American Arbitration Association, American Bar Association, Association européenne des étudiants en droit, Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York, Association suisse de l'arbitrage, Centro de estudios de derecho, economía y política, Chambre de commerce internationale, Commercial Finance Association, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Federación latinoamericana de bancos, INSOL International, International Insolvency Institute, International Women's Insolvency and Restructuring Confederation, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration, London Court of International Arbitration, Moot Alumni Association, School of International Arbitration et Union internationale des avocats.

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

C. Élection du Bureau

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

Président:	Stephen Karangizi (Ouganda)
Vice-Présidents:	Álvaro Sandoval (Colombie) Wisit Wisitsora-At (Thaïlande) Vesna Živković (Serbie)
Rapporteur:	Alexander Markus (Suisse)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 812e séance, le 19 juin 2006, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Approbation préliminaire d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.
5. Finalisation et adoption des dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage et d'une déclaration relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
6. Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I.
7. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III.
8. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique.
9. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité.
10. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale.
11. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
12. Assistance technique en matière de réforme du droit.
13. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
14. Coordination et coopération:
    a) En général;
    b) Rapports d'autres organisations internationales.
15. Congrès en 2007.
16. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis.
17. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.
18. Questions diverses.
19. Date et lieu des réunions futures.
20. Adoption du rapport de la Commission.

E. Constitution de deux comités pléniers

11. La Commission a constitué deux comités pléniers (le Comité I et le Comité II) chargés d'examiner les points 4 et 5 de l'ordre du jour respectivement. Elle a élu Kathryn Sabo (Canada) présidente du Comité I et José María Abascal Zamora (Mexique) président du Comité II. Le Comité I s'est réuni du 19 au 26 juin et a tenu

11 séances. Le Comité II s'est réuni du 26 au 28 juin et le 30 juin et a tenu 7 séances.

F. Adoption du rapport

12. À sa 821e séance, le 23 juin 2006, sa 822e séance, le 26 juin 2006, sa 828e séance, le 30 juin 2006, et sa 834e séance, le 7 juillet 2006, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Approbation préliminaire d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

A. Approbation quant au fond des recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

13. La Commission s'est déclarée satisfaite des progrès accomplis par le Groupe de travail VI (Sûretés) dans l'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties. Pour approuver en principe le contenu des recommandations du projet de guide, la Commission a examiné les recommandations figurant dans les documents A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 à 8 et A/CN.9/611 et Add.1 et 2.

1. Principaux objectifs (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7)

14. La Commission a approuvé les principaux objectifs quant au fond.

2. Champ d'application (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7)

15. La recommandation 2 (parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés) a bénéficié d'un large appui. Pour ce qui est de la recommandation 3, l'avis a été exprimé qu'elle n'était peut-être pas nécessaire, car elle ne faisait qu'énumérer des exemples qui seraient couverts en tout état de cause par la recommandation 2. Il a été dit toutefois que la liste non exhaustive figurant à la recommandation 3 était utile car elle donnait des orientations aux États sur un certain nombre de questions importantes, telles que, par exemple, le point de savoir si la même loi devrait s'appliquer aux sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. S'agissant de l'alinéa g) de la recommandation 3, la Commission a pris note avec satisfaction de l'analyse faite dans la note en ce qui concerne l'opportunité d'une exclusion limitée au lieu d'une exclusion pure et simple de sûretés réelles mobilières portant sur des valeurs mobilières, des biens immeubles, des aéronefs, des navires et biens qui leur sont rattachés, et est convenue de laisser le Groupe de travail VI trancher la question. Quant à l'alinéa h) de la recommandation 3, il a été généralement accepté que l'on pourrait inclure une référence aux travaux futurs sur les sûretés grevant des droits de propriété intellectuelle conformément à la décision de la Commission (voir par. 81 à 84 et 86 ci-dessous).

16. En ce qui concerne la recommandation 4, il a été indiqué que le chapeau devrait être conservé sans les crochets et que le contenu des alinéas a) (valeurs

mobilières) et b) (immeubles) dépendrait de la décision du Groupe de travail VI d'adopter ou non une exclusion limitée plutôt qu'une exclusion pure et simple pour les sûretés grevant des valeurs mobilières et des biens immeubles (voir par. 15 ci-dessus). Pour ce qui est en particulier des valeurs mobilières détenues directement, l'espoir a été exprimé que le Groupe de travail VI ne les exclurait pas, car les sûretés réelles mobilières grevant des valeurs mobilières détenues directement faisaient partie d'opérations de financement importantes, et lesdites valeurs mobilières n'étaient pas traitées dans les travaux d'autres organisations. Quant aux alinéas c) (salaires) et d) (biens dont un individu a besoin pour gagner sa vie), il a été largement estimé qu'ils devraient être reformulés en des termes plus généraux par référence à une autre loi que la loi sur les opérations garanties.

17. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur le champ d'application.

3. Approches fondamentales en matière de sûretés (A/CN.9/WG.VI/WP.26/ Add.7)

18. La Commission a approuvé quant au fond les recommandations relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés qui consacraient l'approche globale et l'approche fonctionnelle que devrait adopter une loi moderne sur les opérations garanties.

4. Constitution de la sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 et A/CN.9/611 et Add.1)

19. En ce qui concerne l'alinéa d) de la recommandation 16 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance cédée, un instrument négociable ou toute autre obligation), on a dit qu'il faudrait employer une terminologie neutre pouvant être utilisée dans les divers systèmes juridiques (voir A/CN.9/603, par. 23).

20. Pour ce qui est des recommandations 33 et 34 (moment de la constitution), il a été largement estimé qu'elles devraient être révisées pour indiquer que les parties pouvaient convenir de ne constituer une sûreté qu'après la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou la dépossession, mais non que la constitution pouvait avoir lieu à une date antérieure. Il a aussi été estimé dans l'ensemble qu'il faudrait réviser ces recommandations dans un souci de cohérence avec la recommandation 7 (constitution d'une sûreté réelle mobilière par convention).

21. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations relatives à la constitution de la sûreté réelle mobilière.

5. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière et inscription (A/CN.9/WG.VI/ WP.26/Add. 5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add. 4 et A/CN.9/611 et Add.1)

22. Il a été largement estimé que la recommandation 34 *bis* (sens de l'opposabilité) était utile en particulier pour les États qui ne connaissaient pas la distinction entre constitution et opposabilité d'une sûreté réelle mobilière.

23. Bien qu'une délégation ait préféré ne pas se prononcer sur la recommandation 35 qui mentionnait l'inscription comme étant la méthode générale pour rendre les sûretés réelles mobilières opposables, il a été largement estimé que

l'inscription était essentielle pour assurer la transparence en ce qui concerne ces sûretés.

24. En réponse à une question, il a été indiqué que la dépossession du constituant n'était une méthode d'opposabilité que si la sûreté avait été effectivement constituée, ce qui était l'objet de la recommandation 7 (constitution d'une sûreté réelle mobilière par convention) et de la définition de la dépossession (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1, par. 21 pp)).

25. La Commission s'est dans l'ensemble prononcée en faveur de la suppression de la recommandation 39 *bis* (opposabilité d'une sûreté non liée à une acquisition grevant des biens de consommation de faible valeur) au motif qu'il n'existait pas de pratiques financières reposant sur des sûretés grevant des biens de consommation de faible valeur. Elle a renvoyé la question au Groupe de travail VI.

26. En ce qui concerne les recommandations 41 et 41 *bis* (opposabilité d'une sûreté sur le produit), il a été largement estimé que les deux variantes devraient être renvoyées au Groupe de travail VI pour qu'il essaie, dans la mesure du possible, de parvenir à un accord sur l'une des deux.

27. À propos de la recommandation 47 *bis* (fonctions de l'inscription sur le registre général des sûretés), on a fait observer que les alinéas a) et b) traitaient pour l'essentiel du même point. Cependant, il a été généralement estimé qu'ils devraient être conservés comme alinéas distincts, car l'alinéa a) traitait de l'inscription comme méthode d'opposabilité, tandis que l'alinéa b) traitait de la priorité comme conséquence juridique de l'inscription.

28. Pour ce qui est de la recommandation 47 *quater* (principes de conception), on a exprimé la crainte qu'un système d'inscription comme celui qui était décrit dans la recommandation ne soit pas possible. Il a toutefois été largement estimé que des systèmes d'inscription efficaces existaient déjà et fonctionnaient bien, non seulement dans des pays développés, mais aussi dans des pays en développement et dans des pays à économie en transition. Il a aussi été estimé dans l'ensemble que l'utilisation du registre devrait être peu onéreuse pour les personnes qui procédaient à l'inscription et celles qui faisaient une recherche, et que les coûts de mise en place du système d'inscription pourraient être recouvrés sur une période raisonnablement longue.

29. En ce qui concerne l'alinéa c) de la recommandation 48 (inscription et recherche rapides, économiques et efficaces), la crainte a été exprimée que le libre accès au registre débouche involontairement sur des atteintes à la vie privée et l'utilisation non autorisée d'informations. Il a été proposé, pour dissiper cette crainte, de mettre en place un processus de filtrage en demandant aux utilisateurs de justifier leur recherche.

30. De l'avis général toutefois, un tel filtrage n'était pas nécessaire et, non seulement ne pourrait pas empêcher efficacement l'utilisation non autorisée du registre, mais risquait aussi d'entraîner des coûts et des retards supplémentaires, ce qui annulerait tous avantages éventuels. Il a été déclaré que le libre accès au registre était la conséquence logique de l'opposabilité et de la priorité fondée sur l'inscription, une sûreté ne pouvant produire d'effets juridiques à l'égard de parties qui n'avaient pas accès au registre. En outre, il a été dit que l'expérience des registres fonciers montrait que le libre accès n'entraînait pas nécessairement des

atteintes à la vie privée ou une utilisation abusive d'informations. De plus, il a été souligné que la vérification de l'identité de l'utilisateur lors du paiement des frais de recherche avait un effet suffisamment dissuasif pour empêcher toute utilisation non autorisée. Surtout, il a été fait observer que, du fait que le fichier ne contiendrait qu'une quantité limitée de données, les risques d'atteinte à la vie privée ou d'utilisation abusive, qui, en toute hypothèse, relèveraient d'une autre loi, seraient réduits au minimum.

31. En ce qui concerne la recommandation 48 *bis* (sécurité et intégrité du registre), un certain nombre de suggestions ont été faites. Il a été proposé d'introduire à l'alinéa c) la possibilité pour les États d'autoriser le conservateur du registre à délivrer (y compris par des moyens électroniques) une copie certifiée conforme de l'avis. Pour ce qui est de l'alinéa e), il a été suggéré que le commentaire précise la répartition des responsabilités entre l'autorité publique de contrôle et un organisme privé exploitant le registre. Il a été proposé de remanier l'alinéa f) pour qu'il porte sur la nécessité de pouvoir reconstituer les informations du registre plutôt que sur la manière de parvenir à ce résultat.

32. En réponse à une question relative à la recommandation 48 *ter* (responsabilité en cas de perte ou de dommage) sur les voies de recours ouvertes aux parties procédant à l'inscription ou faisant une recherche en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche, il a été précisé que le projet de guide laissait aux États le soin d'attribuer les responsabilités en vertu d'une autre loi.

33. En ce qui concerne la recommandation 49 (teneur exigée de l'avis), la crainte a été exprimée que la communication du nom du créancier garanti, en particulier lorsqu'il s'agissait d'un fournisseur de biens meubles corporels à crédit, permette aux concurrents de connaître la liste des fournisseurs d'un certain constituant. Il a également été dit que le fait d'exiger que soit indiqué dans l'avis le montant maximum pour lequel la sûreté pourrait être réalisée risquait involontairement de limiter le montant du crédit disponible.

34. En ce qui concerne les recommandations 50 et 51 (caractère suffisant du nom du constituant dans un avis), il a été proposé qu'il soit fait référence, pour les sociétés, au nom inscrit dans le registre des sociétés. Il a été suggéré en outre de faire également référence aux personnes physiques autorisées à représenter la société. Il a été largement estimé que d'autres éléments d'identification n'étaient pas nécessaires pour les sociétés, dont le nom devait être unique pour pouvoir être inscrit sur le registre des sociétés, mais qu'ils seraient utiles pour distinguer des personnes physiques portant le même nom.

35. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur l'opposabilité de la sûreté réelle mobilière et l'inscription.

6. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 et A/CN.9/611/Add.1)

36. En ce qui concerne la recommandation 62 *ter* (priorité des sûretés sur des biens futurs), il a été largement estimé qu'elle devrait indiquer plus clairement que la règle énoncée à la recommandation 64 (priorité entre des sûretés sur les mêmes biens grevés) s'appliquait aussi aux sûretés grevant des biens futurs.

37. En réponse à une question concernant les alinéas b) et c) de la recommandation 69 (droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés), il a été précisé que les preneurs à bail et les titulaires de licence acquéraient leurs droits en vertu du bail ou de l'accord de licence, respectivement, libres de la sûreté. Il a été largement estimé que la recommandation ou le commentaire devrait préciser que la sûreté ne cessait pas d'exister, mais que le droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté était limité au droit du bailleur ou du donneur de licence.

38. En ce qui concerne les recommandations 78 (priorité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire) et 79 (priorité des sûretés sur l'argent), il a été généralement estimé que le commentaire devrait préciser le sens du terme "transfert de fonds". Il a été indiqué que ce terme était censé désigner divers transferts, y compris les transferts par chèque et les transferts télégraphiques.

39. S'agissant des recommandations 82 et 83 (priorité d'une sûreté ou d'un autre droit sur des biens rattachés à un bien immeuble), il a été dit qu'une autre approche pourrait consister à exiger l'inscription des biens rattachés à un bien immeuble sur le seul registre général des sûretés et l'envoi d'une note de ce registre au registre immobilier. À cela on a répondu en faisant observer que cette approche était très voisine de celle que préconisaient les recommandations 82 et 83, la principale différence, a-t-on dit, étant que dans la variante proposée les sûretés sur des biens rattachés à un bien immeuble ne seraient inscrites que dans le registre général des sûretés, tandis que, dans les recommandations 82 et 83, l'inscription pouvait s'effectuer sur l'un ou l'autre registre. À cet égard, il a été souligné que l'approche particulière qu'adopterait chaque État dépendrait de la structure de ses systèmes d'inscription.

40. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations relatives à la priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents.

7. Droits et obligations des parties avant défaillance (A/CN.9/611 et Add.2)

41. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur les droits et obligations des parties avant défaillance.

8. Droits et obligations des tiers débiteurs (A/CN.9/611 et Add.1)

42. En réponse à une question relative à l'alinéa b) de la recommandation W (droits et obligations de la banque dépositaire), il a été déclaré que la banque dépositaire n'était nullement tenue de répondre aux demandes d'information formulées par des tiers même si son client (le constituant d'une sûreté) avait consenti à la communication d'informations. Il a cependant été observé qu'un accord entre le constituant et la banque dépositaire permettrait d'obtenir ce résultat.

43. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur les droits et obligations des tiers débiteurs.

9. Défaillance et réalisation (A/CN.9/611 et Add.1 et 2)

44. En réponse à une question, relative à la recommandation 89 (règle générale de conduite), sur la différence entre le principe de "bonne foi" et celui du caractère

"commercialement raisonnable", il a été déclaré que le premier était un critère subjectif alors que le second était un critère objectif.

45. En ce qui concerne la recommandation 101 (droit du créancier garanti à la possession d'un bien grevé), il a été largement estimé que la recommandation devrait être révisée afin d'énoncer clairement que le créancier garanti pouvait prendre possession des biens grevés sans recourir à un tribunal si le constituant avait donné son accord préalable dans la convention constitutive de sûreté. Il a été indiqué qu'une telle recommandation était nécessaire car, dans beaucoup d'États, le créancier garanti n'était pas autorisé à prendre possession des biens grevés sans saisir un tribunal ou une autre autorité.

46. À cet égard, il a été déclaré que, en théorie, aucun autre consentement ne serait nécessaire, mais que si, au moment où le créancier garanti tentait de prendre possession des biens grevés, le constituant s'y opposait, le créancier devrait porter l'affaire devant un tribunal ou une autre autorité du fait des restrictions prévues par les recommandations 89 (règle générale de conduite), 100 (recours en cas de réalisation extrajudiciaire) et 101 (droit du créancier garanti à la possession d'un bien grevé) et, en particulier, de la référence dans la recommandation 101 au recours ou à la menace du recours à la force ou à tout autre acte illégal.

47. Il a été estimé que, en l'absence de consentement explicite préalable, un consentement implicite postérieur devrait suffire à condition que le créancier garanti avise le constituant de son intention de procéder à l'appréhension des biens par des voies extrajudiciaires en en précisant la date et les modalités. Cet avis a été soumis au Groupe de travail VI.

48. En ce qui concerne la recommandation 106 (réalisation d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant), il a été proposé de supprimer la première phrase.

49. Pour ce qui est des recommandations 110 et 110 *bis* (disposition des biens grevés), il a été suggéré de les reformuler de sorte que la disposition extrajudiciaire soit soumise à l'autorisation d'un tribunal, du moins pour déterminer s'il y avait défaillance et compte tenu de l'impartialité des tribunaux et de la nécessité d'éviter les abus de droits de la part des créanciers garantis.

50. Cette suggestion a suscité des objections. Il a été avancé que les recommandations 110 et 110 *bis* reflétaient correctement le principe selon lequel le créancier garanti pouvait disposer des biens grevés sans saisir de tribunal si le constituant, après avoir reçu notification (recommandation 111), ne procédait pas au paiement (recommandation 99) ni ne s'opposait à cette disposition extrajudiciaire (recommandation 100). On a aussi fait observer que, dans la pratique, la défaillance était une question de fait facilement tranchée sur la base de documents. Il a en outre été souligné que la vraie question n'était pas tant celle de savoir si la disposition des biens grevés serait judiciaire ou extrajudiciaire que celle de savoir si la disposition judiciaire présentait un intérêt pour une partie et était demandée par elle. Il a été dit, à cet égard, que toutes les parties avaient intérêt à maximiser la valeur de réalisation des biens grevés de sorte que l'obligation garantie soit exécutée et que le montant du solde impayé de la dette soit réduit au minimum. S'agissant de la crainte que le créancier garanti abuse de ses droits, il a été fait observer que ce cas pourrait être traité plus efficacement par une autre loi.

51. En ce qui concerne la recommandation 111 (notification préalable concernant la disposition extrajudiciaire des biens grevés), il a été proposé que la notification soit facultative, car, dans le cas contraire, elle serait trop contraignante pour le créancier garanti. Cette proposition a suscité des objections. De l'avis général, la notification de l'intention de procéder à une disposition extrajudiciaire représentait une garantie importante pour protéger le constituant contre les comportements abusifs du créancier garanti. En outre, il a été dit que cette recommandation établissait un équilibre approprié entre la nécessité d'efficacité et la nécessité de protéger le constituant et les tiers. Il a été indiqué à ce sujet que l'alinéa e) de la recommandation 111 prévoyait les cas dans lesquels la notification n'était pas nécessaire et que la recommandation 112 disposait que la notification devrait être donnée de manière efficace, rapide et fiable.

52. En ce qui concerne l'alinéa c) de la recommandation 111, il a été convenu que le Groupe de travail clarifierait et simplifierait le libellé entre parenthèses, qui traitait de la notification concernant la disposition extrajudiciaire adressée au constituant.

53. S'agissant de la recommandation 112, il a été demandé à quel moment la notification au constituant ou à d'autres parties serait réputée reçue. En réponse, on a dit que si cette recommandation donnait quelques orientations, la question du moment et du lieu de réception d'une notification relevait d'une autre loi. La Commission a noté à ce sujet que l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[2] (la "Convention sur les contrats électroniques") donnait des indications sur le moment et le lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques.

54. En ce qui concerne les recommandations 113 à 115 (attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie), il a été convenu de les réviser afin de préciser que le constituant pouvait aussi proposer de remettre le bien grevé au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie, à condition que les intérêts des tiers soient protégés. À cet égard, il a été indiqué que la remise du bien en paiement de l'obligation garantie s'apparentait à toute autre forme de paiement et n'aurait de ce fait aucune incidence sur les droits des tiers.

55. Il a par ailleurs été proposé qu'un expert indépendant évalue les biens grevés avant leur prise en paiement par le créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie de façon à réduire au minimum les objections qui s'élevaient habituellement lors de l'exercice de cette voie de droit. Il a toutefois été largement estimé que la nature de certains biens rendait une évaluation précise par un expert impossible et qu'il fallait laisser le marché fixer lui-même la valeur des biens grevés lors de leur mise en vente.

56. En ce qui concerne la recommandation 120 (droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation), la Commission a pris note de la proposition d'autoriser un créancier garanti de rang supérieur à rembourser un créancier garanti de rang inférieur et à obtenir que le bien soit libéré de la sûreté de ce dernier. Elle a renvoyé cette proposition au Groupe de travail VI.

---

[2] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

57. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur la défaillance et la réalisation.

10. Insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3)

58. La Commission a noté que le chapitre sur l'insolvabilité contenait des recommandations extraites du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[3] (le "Guide sur l'insolvabilité") et quelques recommandations supplémentaires sur des questions particulières relatives au traitement des sûretés en cas d'insolvabilité. Elle a remercié les experts à la fois du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI d'avoir contribué à l'élaboration d'un régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité qui, de l'avis général, était détaillé et équilibré. En ce qui concerne les recommandations supplémentaires, il a été largement estimé qu'elles abordaient des questions importantes d'une manière approfondie et claire qui était compatible avec le Guide sur l'insolvabilité.

59. À propos de la recommandation B (approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions), il a été dit qu'il faudrait présenter les deux libellés entre crochets de façon à montrer clairement qu'il s'agissait de variantes.

60. À propos de la recommandation E (opposabilité des sûretés en cas d'insolvabilité) et des alinéas b) et c) de la recommandation 46, il a été noté, en réponse à une question, qu'un créancier garanti pouvait prendre des dispositions pour rendre sa sûreté opposable après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si la loi sur les opérations garanties l'autorisait à accomplir les formalités d'opposabilité dans un certain délai. Il a aussi été dit que le Guide sur l'insolvabilité traitait des cas dans lesquels un créancier garanti pouvait prendre des dispositions pour réaliser sa sûreté.

61. À propos de la recommandation G (clauses de résiliation automatique), on a fait observer qu'elle devrait indiquer clairement que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'invalidait pas ni ne rendait inopposable une clause contractuelle libérant un créancier de l'obligation d'octroyer un crédit.

62. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur l'insolvabilité.

11. Mécanismes de financement d'acquisitions (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5)

63. Il a été largement estimé que la principale différence entre les approches recommandées dans le chapitre sur le financement d'acquisitions était que, dans l'approche unitaire et dans l'une des deux versions de l'approche non unitaire concernant la réalisation, les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions étaient traitées comme étant fonctionnellement équivalentes à des sûretés non liées au paiement d'acquisitions, tandis que dans la deuxième version de l'approche non unitaire concernant la réalisation, les mécanismes de réserve de propriété seraient traités comme des mécanismes de transfert de la propriété.

64. Pour ce qui est de la recommandation 130 (priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant des stocks), la crainte a

---

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

été exprimée que, en exigeant l'inscription avant la remise des biens meubles corporels au constituant et notification aux parties inscrites finançant les stocks, elle ne soit trop contraignante pour les parties finançant l'acquisition.

65. Il a été répondu que la recommandation 130 conciliait de manière appropriée différents intérêts. Les intérêts de la partie finançant l'acquisition étaient protégés puisque sa sûreté pouvait primer une sûreté sur les stocks non liée au paiement de l'acquisition inscrite antérieurement. Les intérêts de la partie octroyant un financement sans rapport avec l'acquisition étaient protégés car elle n'avait pas à consulter le registre avant d'accorder un crédit garanti par de nouveaux stocks et pouvait se fier à la notification émanant de la partie finançant l'acquisition. À ce propos, il a été noté qu'il n'était pas nécessaire de procéder à une inscription et d'envoyer une notification avant chaque remise de stocks au constituant. Un avis inscrit pouvait porter sur plusieurs opérations entre les mêmes parties sur une longue période et l'inscription pouvait être très rapide, en particulier si l'on recourait à des moyens de communication électroniques. De même, a-t-on noté, une notification adressée aux parties inscrites octroyant un financement non lié à l'acquisition pouvait porter sur plusieurs opérations sur une longue période (voir recommandation 131).

66. On a toutefois fait remarquer que la préoccupation exprimée plus haut (voir par. 64) subsistait, du moins dans la mesure où l'obligation d'inscription et de notification incombait aux petits et moyens fournisseurs de financements liés à l'acquisition et non aux parties octroyant des financements sans rapport avec l'acquisition, lesquelles étaient généralement de grandes institutions financières. On a aussi insisté sur le fait que cette obligation créerait des obstacles au commerce. Il a été ajouté que l'on devrait envisager, au moins, de supprimer l'obligation faite à la partie finançant l'acquisition de stocks d'envoyer une notification aux autres parties inscrites octroyant des financements non liés à cette acquisition. À cela il a été répondu que la loi devait tenir compte non pas des seuls intérêts des parties fournissant des biens meubles corporels à crédit par rapport aux autres fournisseurs de crédit mais des intérêts de toutes les parties concernées, y compris les acquéreurs et, partant, de l'économie tout entière. À cet égard, il était crucial, a-t-on dit, de créer des conditions égales qui favoriseraient la concurrence entre les différents fournisseurs de crédit, ce qui pourrait avoir un effet bénéfique sur l'offre et le coût du crédit en général.

67. On a en outre indiqué que le fait de savoir si les parties finançant l'acquisition de stocks devaient aviser les parties octroyant un financement sans rapport avec cette acquisition ou s'il revenait au registre de communiquer de tels avis était une question d'efficacité qui pouvait être examinée plus avant. À cet égard, les deux systèmes, a-t-on souligné, pouvaient fonctionner. Après discussion, il a été généralement estimé que le libellé de la recommandation 131 était satisfaisant mais que le Groupe de travail VI pourrait étudier de plus près la question de la notification des parties inscrites octroyant un financement non lié à l'acquisition.

68. En ce qui concerne les recommandations 130 *bis* (priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions sur les droits des créanciers judiciaires) et *ter* (priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions sur des biens rattachés à des immeubles), la Commission a noté qu'elles figuraient entre crochets car le Groupe de travail VI ne les avait pas encore examinées et les a donc renvoyées à ce dernier.

69. Pour ce qui est de la recommandation 134 (réalisation), la Commission a noté que la principale différence entre les variantes proposées tenait à ce que, dans la deuxième version de l'approche non unitaire, les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions n'étaient pas fonctionnellement équivalentes aux sûretés non liées à des acquisitions. Il s'ensuivait, a-t-on dit, que les droits et voies de droit prévus dans le chapitre sur la réalisation du projet de guide ne s'appliqueraient pas tous. Il a été observé en outre que la référence au régime applicable aux droits de propriété entraînerait involontairement des différences entre États car le traitement des mécanismes de transfert de la propriété n'était pas uniforme. D'un autre côté, a-t-on déclaré, l'approche non unitaire n'aurait aucun sens si elle n'était pas différente, du moins pour certains aspects, de l'approche unitaire. Il a aussi été souligné que les États pourraient adopter des systèmes légèrement différents en fonction du système qu'ils estimeraient être le plus efficace. Après discussion, la Commission a approuvé quant au fond l'approche unitaire et a renvoyé l'approche non unitaire au Groupe de travail VI pour qu'il l'étudie plus avant.

70. À l'issue du débat, et sous réserve des remarques ci-dessus, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur les mécanismes de financement d'acquisitions.

12. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 et A/CN.9/611 et Add.1)

71. Il a été demandé quelle loi s'appliquerait aux sûretés grevant des biens qui étaient déplacés de l'État A à l'État B pour quelques mois puis ramenés dans l'État A. Il a été répondu que, s'il s'agissait de biens mobiles (par exemple de voitures ou de camions), la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur ces biens seraient régies par la loi de l'État où se trouvait le constituant (recommandation 136). Il a été fait observer en outre que, s'il s'agissait de biens meubles corporels en transit ou destinés à l'exportation, la constitution et l'opposabilité (mais pas la priorité, qui relèverait de la loi du lieu initial des biens) d'une sûreté seraient régies par la loi de l'État de destination finale des biens, à condition que ces derniers parviennent dans cet État dans un délai bref à compter de la date de la constitution de la sûreté (recommandation 142). Il a été ajouté que, dans tous les autres cas, la sûreté resterait opposable pendant une courte durée après déplacement des biens vers l'État B et par la suite uniquement si les conditions d'opposabilité prévues dans la loi de cet État étaient remplies (recommandation 145).

72. En ce qui concerne les recommandations 139 (loi applicable à une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire) et 148 (loi applicable à la réalisation des sûretés), la Commission a prié instamment le Groupe de travail VI de s'entendre, dans la mesure du possible, sur l'une des variantes proposées dans chacune de ces recommandations.

73. Pour ce qui est de la loi applicable à une sûreté sur un bien rattaché à un immeuble, la Commission a noté avec intérêt la proposition d'appliquer la loi de l'État où se trouvait l'immeuble. Elle a renvoyé cette proposition au Groupe de travail VI.

74. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur le conflit de lois.

13. Questions de droit transitoire (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8)

75. En ce qui concerne les recommandations 156 à 158 (période transitoire), il a été dit que celles-ci, au lieu de parler de constitution, devraient se concentrer plutôt sur l'opposabilité afin qu'une sûreté rendue opposable conformément à la loi antérieure le reste pendant la période transitoire. Si, pendant cette période, la sûreté était rendue opposable conformément à la nouvelle loi, l'opposabilité, a-t-on dit, devrait être continue.

76. S'agissant de l'ensemble des recommandations du chapitre sur les questions de droit transitoire, la Commission a noté que celles-ci étaient très générales et a prié instamment le Groupe de travail VI de tenter de les affiner et d'y ajouter plus de détails pour établir un équilibre approprié entre la nécessité de permettre aux parties de tirer avantage de la nouvelle loi et celle de ne pas perturber les relations commerciales nouées sous l'empire de la loi antérieure.

77. À l'issue du débat, et sous réserve des remarques ci-dessus, la Commission a approuvé quant au fond les recommandations sur les questions de droit transitoire.

14. Conclusions

78. À l'issue de son examen des recommandations du projet de guide, la Commission a remercié le Groupe de travail pour les résultats jusque-là obtenus dans l'élaboration du projet et a noté que les vues et suggestions formulées plus haut (voir par. 13 à 77) seraient prises en compte dans la prochaine version du projet de guide. En outre, elle a brièvement examiné la terminologie du projet de guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1), qui ne faisait pas partie des recommandations mais avait pour but d'en faciliter la compréhension. Il a été déclaré que l'on pourrait y inclure une définition du terme "biens de consommation", car plusieurs recommandations faisaient référence à ces biens. La Commission a renvoyé la terminologie au Groupe de travail VI.

B. Travaux futurs

79. La Commission a examiné ensuite ses travaux futurs. Il a été noté que le Groupe de travail VI devrait en principe tenir deux autres sessions, l'une à Vienne du 4 au 8 décembre 2006 et l'autre à New York du 12 au 16 février 2007 et lui présenter le projet de guide pour approbation à sa quarantième session, en 2007 (voir par. 272 et 273 f) ci-dessous).

80. En ce qui concerne la présentation, il a été proposé, par souci de clarté et de simplicité, que les recommandations générales ou les principes fondamentaux soient mis en évidence dans le projet de guide à l'intention des États qui n'auraient peut-être pas besoin de toutes les recommandations sur des biens particuliers. Il a aussi été suggéré que le texte du projet soit distribué aux États aussi tôt que possible avant la prochaine session de la Commission. À ce sujet, une délégation s'est inquiétée de ce que la complexité du projet de guide ne risque de compromettre son acceptabilité.

81. En ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du droit du financement garanti, la Commission a noté que les droits de propriété intellectuelle (par exemple

droits d'auteur, brevets ou marques) devenaient progressivement une source de crédit extrêmement importante et ne devaient pas être exclus d'un droit des opérations garanties moderne. À cet égard, il a été déclaré que les sûretés sur les droits de propriété intellectuelle étaient souvent une composante essentielle et précieuse des opérations de financement de matériel ou de stocks. Il a également été observé que les opérations de financement importantes dans lesquelles l'ensemble des biens d'un constituant était grevé comprenaient habituellement les droits de propriété intellectuelle.

82. La Commission a noté également que les recommandations du projet de guide s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, alinéa h) de la recommandation 3). Elle a noté en outre que, étant donné que les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'avaient pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, le projet de guide recommandait d'une manière générale aux États adoptants d'apporter, s'ils le souhaitaient, les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects.

83. Afin de donner davantage d'orientations aux États, il a été proposé que le secrétariat prépare, en collaboration avec les organisations internationales spécialisées dans le droit des sûretés et le droit de la propriété intellectuelle, et en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), une note, que la Commission examinerait à sa quarantième session en 2007, sur la portée éventuelle des travaux qu'elle pourrait entreprendre afin de compléter le projet de guide. Il a été proposé en outre que, pour recueillir les avis des spécialistes et les suggestions des secteurs concernés, le secrétariat organise des réunions de groupes d'experts et des colloques si nécessaire.

84. Ces propositions ont été largement appuyées au sein de la Commission. On a déclaré qu'il fallait veiller particulièrement à la représentation de toutes les parties des secteurs concernés et à la participation d'experts des différentes régions du monde. Il a aussi été observé qu'une question particulièrement importante était la réalisation des sûretés sur des droits de propriété intellectuelle, qui était compromise du fait que leur utilisation n'était pas autorisée.

85. Il a été proposé par ailleurs que d'autres questions fassent également l'objet de notes du secrétariat sur les travaux futurs dans le domaine du droit du financement garanti. À cet égard, la Commission a noté que le projet de programme du congrès sur le droit commercial international devant se tenir à l'occasion de sa quarantième session anniversaire (voir par. 256 à 258 ci-dessous), prévoyait notamment l'examen des sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs dans le domaine du droit du financement garanti.

86. À l'issue du débat, la Commission a prié le secrétariat d'établir, en coopération avec les organisations concernées et en particulier l'OMPI, une note examinant le contenu des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir au sujet du financement garanti par la propriété intellectuelle. Elle a également prié le secrétariat d'organiser un colloque sur cette forme de financement en veillant dans toute la mesure possible à ce que les organisations internationales concernées et des experts des différentes régions du monde y participent. (Pour d'autres suggestions

relatives aux travaux futurs dans le domaine du droit du financement garanti, voir par. 235 à 251 ci-dessous.)

IV. Finalisation et adoption des dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage et d'une déclaration relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

A. Organisation des délibérations

87. La Commission a examiné la version révisée des projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage et d'un projet de déclaration relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)[4] (la "Convention de New York") adoptée par le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006) (A/CN.9/592). Elle a pris note du résumé des délibérations que le Groupe de travail avait tenues sur les projets de dispositions et de déclaration depuis sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000) ainsi que des informations générales fournies dans les documents A/CN.9/605, A/CN.9/606 et A/CN.9/607. Elle a également pris acte des observations sur les projets de dispositions et de déclaration présentées par des États et des organisations internationales dans le document A/CN.9/609 et Add.1 à 6.

B. Examen des projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires

1. Observations générales

88. La Commission a rappelé que les dispositions avaient été rédigées en reconnaissance du fait non seulement que les mesures provisoires étaient de plus en plus utilisées dans la pratique de l'arbitrage commercial international, mais également que l'efficacité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends commerciaux dépendait de la possibilité de faire exécuter de telles mesures (voir A/CN.9/485, par. 78). On est généralement convenu de la nécessité d'un régime législatif type, harmonisé et largement acceptable, régissant les mesures provisoires accordées par des tribunaux arbitraux et leur exécution ainsi que les mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage. La Commission a rappelé que les projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires étaient le fruit de longues délibérations au sein du Groupe de travail et que ce dernier, à sa quarante-deuxième session (New York, 10-14 janvier 2005) était convenu d'insérer un texte de compromis sur les dispositions relatives aux injonctions préliminaires, étant entendu

[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, nº 4739.

que ces dispositions s'appliqueraient sauf convention contraire des parties, qu'il devrait être clairement indiqué que les injonctions préliminaires avaient le caractère d'ordonnance de procédure et non celui de sentence, et qu'aucune procédure d'exécution ne serait prévue pour ces injonctions à la section 4 (A/CN.9/573, par. 27).

2. Examen des projets d'articles

89. À la session en cours, la Commission a examiné la version des projets de dispositions législatives figurant dans le document A/CN.9/605.

Section 1. Mesures provisoires

Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

Paragraphe 1

90. Il a été rappelé que le paragraphe 1 reprenait en partie le libellé de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[5] de 1985 (la "Loi type sur l'arbitrage").

91. Le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 2

Alinéa b)

92. Il a été demandé si les mots "ou une atteinte au processus arbitral lui-même", à la fin de l'alinéa, devaient être conservés.

93. Il a été rappelé que ces mots avaient pour objet de préciser qu'un tribunal arbitral avait le pouvoir d'empêcher une partie d'entraver ou de retarder le processus arbitral, y compris en rendant une injonction antipoursuites (anti-suit injunction). On a rappelé également que de nombreuses délégations au sein du Groupe de travail avaient exprimé de sérieuses réserves sur la question des injonctions antipoursuites. À l'appui de la suppression de ces mots, il a été avancé que ces injonctions ne revêtaient pas toujours un caractère provisoire mais pouvaient aussi toucher des questions de fond comme celles relatives à la compétence du tribunal arbitral. On a aussi fait valoir qu'une telle disposition dérogeait au principe fondamental selon lequel une partie ne devrait pas être privée d'un quelconque recours judiciaire auquel elle avait droit.

94. En réponse, la Commission a signalé que le Groupe de travail, à ses précédentes sessions, avait exprimé une préférence pour l'inclusion des injonctions antipoursuites dans le projet d'article 17. Il a aussi été rappelé que les mots en question ne devaient pas être interprétés comme visant uniquement les injonctions antipoursuites mais comme s'appliquant plus généralement aux injonctions destinées à contrer le large éventail de mesures existantes qui étaient utilisées dans la pratique pour faire obstacle au processus arbitral.

---

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

95. À l'issue du débat, le paragraphe 2 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Exhaustivité de la liste des fonctions caractéristiques des mesures provisoires

96. La Commission a rappelé que le Groupe de travail, à ses trente-sixième (New York, 4-8 mars 2002) et trente-neuvième (Vienne, 10-14 novembre 2003) sessions, avait examiné si tous les motifs qui pourraient justifier l'octroi d'une mesure provisoire étaient couverts par le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 17 (voir A/CN.9/508, par. 70 à 76, et A/CN.9/545, par. 21). Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que, dans la mesure où toutes les finalités des mesures provisoires étaient génériquement couvertes par la liste révisée figurant au paragraphe 2, cette liste pouvait être considérée comme exhaustive (A/CN.9/545, par. 21). La Commission a décidé que cette précision devrait être insérée dans tout texte explicatif accompagnant l'article 17.

Article 17 *bis*. Conditions d'octroi des mesures provisoires

Paragraphe 1

Remarques générales

"Besoin urgent de la mesure"

97. La Commission a pris note de la décision du Groupe de travail de ne pas considérer le besoin urgent comme une caractéristique générale des mesures provisoires. Elle a décidé qu'il faudrait fournir des indications dans un texte explicatif sur la manière dont l'urgence influait sur l'application des dispositions de la section 1.

Alinéa a)

"Largement"

98. Il a été suggéré de supprimer l'adverbe "largement" au motif qu'il risquait d'introduire une exigence inutile et peu claire, rendant le prononcé d'une mesure provisoire plus difficile pour le tribunal arbitral. À l'appui de cette proposition, on a dit qu'il serait préférable de laisser à la pratique arbitrale le soin, avec le temps, de déterminer comment l'écart entre les préjudices évoqué à l'alinéa a) devrait être utilisé comme critère.

99. À cela, il a été répondu que le texte de l'alinéa a), y compris l'adverbe "largement", était conforme aux critères existants dans de nombreux systèmes judiciaires concernant l'octroi d'une mesure provisoire.

100. À l'issue du débat, la Commission a décidé de conserver l'adverbe "largement". L'alinéa a) a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Alinéa b)

"Prima facie" [à première vue]

101. Il a été proposé de supprimer l'alinéa b) au motif qu'il pourrait être nécessaire d'octroyer des mesures provisoires de manière urgente, et l'obligation pour un

tribunal arbitral de se prononcer sur les chances qu'avait le demandeur d'obtenir gain de cause sur le fond de la demande principale risquerait de retarder inutilement les choses ou d'apparaître comme un jugement prématuré de l'affaire. Cette proposition n'a pas été soutenue, car l'alinéa b) était considéré comme une protection nécessaire pour l'octroi de mesures provisoires. Il a été dit que l'intention, lors de la rédaction de cet alinéa, était que le tribunal arbitral rende un jugement préliminaire sur la base des informations disponibles au moment où il prenait sa décision.

102. Une proposition visant à ajouter, à l'alinéa b), les mots "à première vue" [en anglais "*prima facie*"] de manière que le tribunal arbitral ne soit pas tenu de se prononcer entièrement sur les chances qu'avait le demandeur d'obtenir gain de cause, n'a pas été appuyée. En rejetant cette proposition, la Commission a noté que le terme "*prima facie*" pouvait donner lieu à différentes interprétations. Il a été rappelé que l'intention du Groupe de travail, lors de la rédaction de cet alinéa, était de donner une formulation neutre du niveau de preuve.

"étant entendu qu'"

103. On a fait observer que les mots "étant entendu qu'" laissaient supposer que la deuxième partie de la phrase conditionnait la première partie et ne reflétait donc pas l'intention du Groupe de travail. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer ces mots et de scinder l'alinéa en deux phrases.

104. À l'issue du débat, il a été convenu de modifier l'alinéa b) comme suit: "Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond de la demande principale. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque".

Paragraphe 2

105. Le paragraphe 2 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Section 2. Injonctions préliminaires

Article 17 *ter*. Requêtes en injonctions préliminaires et conditions d'octroi des injonctions préliminaires

106. L'article 17 *ter* a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Article 17 *quater*. Régime spécifique applicable aux injonctions préliminaires

Paragraphe 1

107. Le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 2

108. Il a été noté que le paragraphe 2 exigeait que le tribunal arbitral donne à la partie contre laquelle une injonction préliminaire était dirigée la possibilité de présenter ses arguments dès que possible. On a fait observer que le paragraphe 1

obligeait le tribunal arbitral à adresser une notification à “toutes les parties”, tandis que le paragraphe 2, en disposant que le tribunal arbitral donnait “à toute partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments”, semblait être plus limitatif. Il a été proposé d’étendre l’application du paragraphe 2 en ajoutant, après le mot “dirigée”, les mots “ou à toute autre partie”. Une autre proposition a été de remplacer les mots “toute partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée” par “la partie touchée par l’injonction préliminaire”.

109. À cela il a été répondu que les modifications proposées risquaient de compliquer inutilement le processus arbitral. On a exprimé la crainte que l’ajout de mots tels que “toute partie touchée” ne donne le droit à une personne qui n’était pas partie à la procédure d’arbitrage mais qui était néanmoins concernée par l’injonction préliminaire (par exemple, une banque) de faire valoir ses arguments. Il a été dit que le texte du paragraphe 2 sous sa forme actuelle était satisfaisant car il donnait la priorité à la partie la plus touchée par l’injonction préliminaire sans empêcher d’autres parties à l’arbitrage de répondre à l’injonction si elles le souhaitaient. Il a été convenu de conserver le contenu du paragraphe 2 mais d’y apporter des précisions dans un texte explicatif accompagnant cette disposition. Il a été proposé que ce texte explicatif indique que, lorsqu’un tribunal arbitral invitait une partie contre laquelle l’injonction était dirigée à présenter ses arguments, copie de cette invitation devait être envoyée à toutes les parties et, conformément à la pratique arbitrale générale, les parties désireuses de réagir à l’injonction le feraient, même sans y avoir été expressément invitées. Il a aussi été suggéré de préciser, dans le texte explicatif, que le paragraphe 2 ne s’appliquerait pas aux personnes qui n’étaient pas parties à l’arbitrage.

110. À l’issue du débat, le paragraphe 2 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 3

111. Le paragraphe 3 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 4

112. Le paragraphe 4 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 5

Moment à partir duquel une injonction préliminaire s’impose aux parties

113. Il a été demandé à partir de quand une injonction préliminaire s’imposerait aux parties. Il a été rappelé qu’au moment où il prononçait l’injonction, le tribunal arbitral pouvait aussi fixer un délai pour la constitution d’une garantie par la partie requérante, ce qui expliquait l’emploi des mots souples “en rapport avec” au paragraphe 2 de l’article 17 *sexies*. Il a donc été estimé qu’une injonction préliminaire pouvait s’imposer aux parties dès son prononcé par le tribunal arbitral.

Caractère non exécutoire des injonctions préliminaires

114. La Commission a rappelé que le Groupe de travail avait examiné de manière approfondie si un régime d'exécution devait être prévu pour les injonctions préliminaires. La nécessité d'inclure un tel régime a été contestée, étant donné le caractère temporaire de l'injonction préliminaire et le fait qu'il pourrait créer des difficultés dans la pratique, en ce qui concerne en particulier la question de savoir si la notification de l'injonction à l'autre partie devait être reportée jusqu'à ce qu'un tribunal étatique ait fait exécuter celle-ci. Il a été dit en outre que les parties appliquaient généralement les mesures provisoires par respect pour l'autorité de l'arbitre et par souci de ne pas contrarier ce dernier. La Commission a noté que le caractère non exécutoire des injonctions préliminaires était au cœur du compromis auquel le Groupe de travail était parvenu à sa quarante-deuxième session (voir par. 88 ci-dessus).

Saisine d'une juridiction étatique

115. La Commission a examiné la proposition faite à la quarante-quatrième session du Groupe de travail (New York, 23-27 janvier 2006) d'ajouter le texte suivant soit au paragraphe 5 de l'article 17 *quater* soit dans un texte explicatif: "une partie peut demander une mesure quelconque devant un tribunal, même si elle a obtenu une telle injonction préliminaire du tribunal arbitral" (voir A/CN.9/592, par. 27). On a exprimé des doutes sur la nécessité d'apporter une telle précision car, a-t-on dit, la disposition ne pourrait s'appliquer que dans des cas exceptionnels. Il a cependant été souligné que l'article 9 de la Loi type sur l'arbitrage protégeait déjà le droit d'une partie à la procédure arbitrale de demander une mesure provisoire à un tribunal étatique. Il a été dit que cette proposition ne faisait que clarifier l'application des dispositions concernant les injonctions préliminaires.

116. La Commission est convenue d'insérer dans un texte explicatif un libellé du type: "le fait d'avoir obtenu une telle injonction du tribunal arbitral n'empêche pas une partie de demander une mesure quelconque qu'elle serait normalement en droit de demander devant un tribunal".

117. À l'issue du débat, le paragraphe 5 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires

Article 17 *quinquies*. Modification, suspension, rétractation

118. L'article 17 *quinquies* a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Article 17 *sexies*. Constitution d'une garantie

Paragraphe 1

119. Le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 2

120. Le paragraphe 2 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Article 17 *septies*. Information

Remarques générales

121. Selon un avis, dans de nombreuses législations nationales, l'obligation faite à une partie de présenter des faits ou des arguments qui lui étaient défavorables était inconnue. Il a été dit en outre que cette disposition ne prévoyait aucune sanction dans le cas où la partie demandant la mesure ne s'acquittait pas de son obligation d'information. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 1 et la deuxième phrase du paragraphe 2.

122. Il a été rappelé que les deux paragraphes de l'article 17 *septies* énonçaient deux obligations d'information distinctes qui s'appliquaient dans des situations différentes. L'obligation faite au paragraphe 1 de communiquer tout changement de circonstances concernait les mesures provisoires tandis que l'obligation énoncée au paragraphe 2 de communiquer toutes circonstances "pertinentes" était inspirée de la règle en vigueur dans certains pays, selon laquelle un avocat avait une obligation spéciale d'informer la juridiction étatique de toutes les questions, y compris celles qui lui étaient défavorables, et que cette règle était considérée comme une garantie fondamentale et une condition essentielle, notamment, de l'acceptabilité des injonctions préliminaires. De même, dans de nombreux autres systèmes juridiques, une obligation analogue découlait de l'exigence reconnue selon laquelle les parties étaient tenues d'agir de bonne foi. Il a été fait observer que l'article 17 *septies* était le fruit de longues discussions au sein du Groupe de travail et il a été rappelé que ces deux paragraphes avaient été soigneusement rédigés, compte tenu du type de mesures auxquelles ils se rapportaient.

123. Il a été rappelé, en faveur du maintien du paragraphe 1, que cette disposition avait pour objet essentiel de faire en sorte que le tribunal arbitral se prononce sur l'octroi d'une mesure provisoire en se fondant sur l'exposé des faits le plus complet. La mesure provisoire pouvant être accordée au début de la procédure arbitrale, il se pouvait qu'un tribunal arbitral n'ait souvent pas connaissance de tous les faits et qu'il souhaite être informé de tout changement dans les circonstances sur la base desquelles la mesure avait été accordée.

124. Plusieurs propositions ont été avancées pour répondre à l'objection selon laquelle l'obligation d'information énoncée au paragraphe 1 de l'article 17 *septies*, était inconnue dans certains pays et donc difficile à incorporer dans leur loi. Afin d'assouplir davantage cette obligation de manière à l'adapter aux circonstances de chaque procédure arbitrale, il a été proposé d'insérer au tout début du paragraphe les mots "si le tribunal arbitral le lui ordonne".

125. Une autre proposition était de remplacer les mots "ou accordée" à la fin du paragraphe 1 par "si elle s'aperçoit de ce changement". On s'est opposé à cette proposition au motif qu'il était implicite à l'article 17 *septies* que l'obligation d'information ne naîtrait que lorsqu'une partie s'apercevrait du changement. De plus, a-t-on estimé, l'insertion de ces mots poserait des difficultés dans la pratique. Il a été dit que, si la proposition était retenue, il serait nécessaire d'ajouter un libellé

pour exiger de la partie demandant la mesure provisoire qu'elle signale tous changements importants des circonstances lorsqu'elle aurait dû avoir connaissance de ces changements.

126. Une autre proposition allant dans le même sens était de modifier le paragraphe 1 de l'article 17 *septies* à peu près comme suit: "Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie quelconque qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée". La deuxième phrase du paragraphe 2 serait alors modifiée comme suit: "Par la suite, le paragraphe 1 du présent article s'applique".

127. À l'issue du débat, la Commission a adopté la proposition présentée ci-dessus au paragraphe 126 et est convenue que le texte explicatif devrait préciser le champ d'application de l'obligation d'information énoncée à l'article 17 *septies*.

Article 17 *octies*. Frais et dommages

128. L'article 17 *octies* a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

Article 17 *novies*. Reconnaissance et exécution

129. Il a été proposé de supprimer du paragraphe 1 les mots "sauf indication contraire du tribunal arbitral" au motif qu'ils soumettaient l'exécution à une condition inutile. Cette proposition n'a pas été appuyée.

130. Le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

131. L'article 17 *novies* a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Article 17 *decies*. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution

Paragraphe 1

Autre proposition

132. La Commission a examiné la proposition d'une délégation figurant à la note 2 relative au paragraphe 8 du document A/CN.9/609/Add.5. Il a été expliqué que cette proposition était destinée à simplifier le texte et à éviter tout renvoi à l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage, l'application de ce dernier aux mesures provisoires étant jugée peu pertinente au regard de la différence de nature entre ces mesures et une sentence sur le fond. Un certain appui a été exprimé en faveur de cette version abrégée au motif qu'elle était concise et énonçait des règles qui visaient spécifiquement la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires, contrairement au texte du projet d'article 17 *decies*, qui reprenait pour l'essentiel les règles établies dans la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

133. Des réserves ont cependant été exprimées quant au caractère général de la version abrégée proposée, dont il a été dit qu'elle excluait un certain nombre de détails importants figurant dans le projet d'article 17 *decies*.

134. À l'issue du débat, le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 2

135. Il a été dit que la décision d'une juridiction étatique appelée à se prononcer sur l'exécution d'une mesure provisoire en vertu de l'alinéa a) i) du paragraphe 1 de l'article 17 *decies* (qui se référait aux motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv) ne devrait pas avoir d'effet au-delà de la sphère limitée de la reconnaissance et de l'exécution de cette mesure. La Commission est convenue que tout texte explicatif devrait préciser que le paragraphe 2 de l'article 17 *decies* avait pour objet de limiter le pouvoir d'une juridiction étatique de sorte qu'elle ne se prononce que sur la reconnaissance et l'exécution de la mesure provisoire.

136. Le paragraphe 2 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Note de bas de page

137. La note relative à l'article 17 *decies* a été adoptée quant au fond par la Commission sans modification.

Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Article 17 *undecies*. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Proposition rédactionnelle

138. Il a été proposé de simplifier le libellé de l'article 17 *undecies* à peu près comme suit: "Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire, y compris dans les cas où la procédure d'arbitrage a son lieu dans un État autre que celui du tribunal. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international".

139. Cette proposition a été appuyée. Il a été précisé que l'article 17 *undecies* avait pour objet de préserver le pouvoir des juridictions étatiques de prononcer des mesures provisoires à l'appui d'un arbitrage, mais qu'il ne devrait pas être interprété comme étendant leurs pouvoirs pour intervenir dans le processus arbitral. La Commission est convenue que cette question devait être clarifiée dans un texte explicatif accompagnant cette disposition.

"y compris dans les cas où la procédure d'arbitrage a son lieu dans un État autre que celui du tribunal"

140. Il a été dit que les mots "y compris dans les cas où la procédure d'arbitrage a son lieu dans un État autre que celui du tribunal" figurant dans cette proposition (voir par. 138 ci-dessus) étaient superflus, l'article 17 *undecies* devant être ajouté à la liste contenue dans le paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage. Cet avis n'a pas été soutenu car, a-t-on estimé, ces mots apportaient une clarification nécessaire.

141. À l'issue du débat, la Commission est convenue que l'article 17 *undecies* serait libellé comme suit: "Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure

provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international". On a expliqué que ce libellé suivait de plus près celui de la Loi type sur l'arbitrage et que, dans la version anglaise, la substitution du mot "courts" aux mots "the court" à la fin de la première phrase visait à préciser que l'intention n'était nullement de faire référence à des procédures judiciaires particulières, internes ou étrangères. L'article 17 *undecies* était censé viser le pouvoir de prononcer des mesures provisoires en relation avec des procédures judiciaires, internes ou internationales, selon le cas. Il ne concernait pas en revanche les fonctions d'assistance et de contrôle dans une procédure d'arbitrage (juge d'appui) mentionnées à l'article 6 de la Loi type sur l'arbitrage et, de ce fait, ne devait en aucun cas être interprété comme étendant les pouvoirs des juridictions étatiques dans l'exercice de ces fonctions.

142. La Commission est convenue qu'un texte explicatif accompagnant l'article 17 *undecies* devrait préciser que la juridiction étatique pouvait exercer sa compétence sur des questions d'arbitrage, que le lieu de l'arbitrage soit situé dans l'État adoptant ou dans un autre État, et que la disposition ne devait pas être interprétée comme étendant la compétence territoriale des juridictions étatiques.

Emplacement de l'article 17 undecies

143. La Commission a examiné si l'article 17 *undecies* devait être placé dans une autre partie de la Loi type sur l'arbitrage au motif qu'il traitait des mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique et s'insérerait peut-être difficilement dans un chapitre consacré essentiellement aux mesures provisoires accordées par des tribunaux arbitraux. Il a été suggéré de placer l'article 17 *undecies* après l'article 9 de la Loi type, qui traitait des mesures provisoires accordées par des tribunaux étatiques. Toutefois, étant donné que l'article 9 se trouvait au chapitre II de la Loi, qui portait sur la convention d'arbitrage, cette option n'a pas été jugée appropriée. La Commission est convenue qu'un libellé suggérant aux États d'insérer l'article 17 *undecies* dans la partie la plus appropriée de leur législation incorporant la Loi type pouvait figurer dans le texte explicatif accompagnant cette disposition.

3. Examen de la modification du paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage

144. Le texte du projet de modification du paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage examiné par la Commission à sa session en cours figurait au paragraphe 23 du document A/CN.9/605.

145. La modification proposée, qui consistait à ajouter un renvoi aux articles 17 *novies*, 17 *decies* et 17 *undecies* dans la liste des articles faisant exception, a été adoptée par la Commission.

C. Examen du projet de disposition législative sur la forme de la convention d'arbitrage

1. Observations générales

146. La Commission a échangé des vues sur le projet de disposition législative en rappelant que, pour assurer une interprétation uniforme de l'exigence de forme qui réponde aux besoins du commerce international, il était souhaitable de préparer une version modifiée du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage en l'accompagnant d'un guide pour son incorporation dans le droit interne et d'élaborer une déclaration sur l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York donnant une définition large et souple de l'exigence de forme.

147. Il a été rappelé que l'intention du Groupe de travail, en révisant l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, était d'actualiser les législations internes sur la question de l'exigence de forme écrite pour les conventions d'arbitrage, tout en préservant le caractère obligatoire de ces dernières, comme le prévoyait la Convention de New York. Deux textes ont été présentés à la Commission pour examen, le premier décrivant dans le détail comment il pouvait être satisfait à l'exigence de la forme écrite (le projet d'article 7 révisé), le second supprimant purement et simplement cette exigence (l'autre proposition). Le texte des projets de dispositions législatives examiné par la Commission à sa session en cours figurait dans le document A/CN.9/606.

2. Examen du projet d'article 7 révisé

Paragraphe 1

148. Il a été rappelé que le paragraphe 1 reproduisait le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage. Il a été proposé de supprimer la deuxième phrase jugée inutile. Cette proposition n'a pas été acceptée.

149. À l'issue du débat, le paragraphe 1 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 2

150. Le paragraphe 2 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 3

151. La Commission a noté que le paragraphe 3 donnait une définition de l'exigence de l'écrit et cherchait à préciser comment y satisfaire.

152. Diverses propositions ont été faites pour modifier le paragraphe 3. L'une d'elles consistait à ajouter au début du texte du paragraphe les mots: "Sans préjudice du consentement des parties dans la convention d'arbitrage ou le contrat", afin de souligner l'importance du consentement des parties. Une proposition apparentée visait à modifier le paragraphe 3 comme suit: "une convention d'arbitrage ou un contrat peuvent être conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par tous autres moyens de preuve qui expriment la volonté des parties". Une autre proposition, visant à préciser le sens du paragraphe 3, s'énonçait

comme suit: “Il est satisfait à l’exigence de forme prescrite au paragraphe 2 si le contenu de la convention d’arbitrage est consigné sous une forme quelconque; une convention d’arbitrage revêt la forme écrite, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d’un comportement ou par d’autres moyens.” Une autre proposition encore a été faite, dans le sens de celle qui figurait dans le document A/CN.9/609. Ces propositions n’ont pas été appuyées.

153. La Commission a noté que le Groupe de travail, à sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006), avait examiné si l’exigence de l’écrit avait pour but de fournir une trace du consentement des parties à recourir à l’arbitrage ou du contenu de la convention d’arbitrage. À cette session, on avait fait observer que c’était du contenu de la convention d’arbitrage qu’il fallait conserver une trace, et non de la rencontre des volontés des parties ni d’autres informations sur la formation de la convention (A/CN.9/592, par. 61). La Commission a confirmé que le paragraphe 3 traitait de la définition de la forme de la convention d’arbitrage et que la question de savoir si les parties s’étaient véritablement accordées pour recourir à l’arbitrage était une question de fond à trancher par la législation nationale. Dans ce contexte, la Commission a pris note d’un commentaire selon lequel, contrairement à certaines lois nationales dans lesquelles la forme écrite de la convention d’arbitrage était prescrite pour que l’on puisse déterminer avec certitude si les parties avaient la volonté de recourir à l’arbitrage, le texte révisé du paragraphe 3 représentait un changement significatif de perspective puisqu’il s’agissait cette fois de déterminer avec certitude le contenu des droits et obligations créés par la convention d’arbitrage, y compris les règles qui pouvaient régir la procédure arbitrale. Il a été ajouté que la preuve du contenu de la convention et la preuve du consentement étaient indissociables, l’écrit ne pouvant prouver l’existence de la convention d’arbitrage que s’il établissait dans le même temps le consentement des parties à recourir à l’arbitrage.

154. La Commission a confirmé que le paragraphe 3 n’était pas censé s’appliquer dans les cas où il était simplement fait référence, dans un contrat conclu verbalement, à un ensemble de règles d’arbitrage ou à une loi régissant la procédure arbitrale, et qu’une telle clarification devrait être incluse dans tout texte explicatif accompagnant ce paragraphe. La Commission est convenue que l’on pourrait donner plus de précisions sur les situations de fait que le paragraphe 3 était censé viser dans tout texte explicatif accompagnant cette disposition.

155. À l’issue du débat, le paragraphe 3 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 4

156. On a fait observer que le paragraphe 3 disposait déjà qu’une convention d’arbitrage pouvait être conclue par tous “autres moyens”, et que cette expression englobait la conclusion d’une convention d’arbitrage par les moyens électroniques mentionnés au paragraphe 4. Aussi s’est-on interrogé sur la nécessité de conserver le paragraphe 4.

157. Il a été dit, à l’appui de sa suppression, que des dispositions sur les communications électroniques n’avaient pas leur place dans une législation relative à l’arbitrage, et que les définitions données au paragraphe 4 figuraient déjà dans d’autres instruments de la CNUDCI, à savoir la Loi type de la CNUDCI sur le

commerce électronique[6] et la Convention sur les contrats électroniques Une proposition a été faite qui visait à supprimer le paragraphe 4 et à ajouter, à la fin du paragraphe 3, un membre de phrase tel que: "y compris des communications électroniques". Une autre proposition a été faite, qui consistait à conserver le paragraphe 4, mais à en simplifier le contenu en faisant référence dans des notes aux définitions qui figuraient déjà dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et dans la Convention sur les contrats électroniques. Ces propositions n'ont pas été appuyées.

158. Il a été dit, en faveur du maintien du paragraphe 4, que les termes qui y étaient employés correspondaient à ceux du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur les contrats électroniques et que les définitions de "communication électronique" et de "message de données" reproduisaient celles qui figuraient aux alinéas b) et c) de l'article 4 de cette convention. On a fait observer qu'il était essentiel de maintenir la cohérence entre les textes de la CNUDCI et que les définitions figurant au paragraphe 4 fourniraient des indications utiles.

159. À l'issue du débat, le paragraphe 4 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 5

160. Il a été dit que la situation visée au paragraphe 5 était rare dans la pratique et que cette disposition pouvait être supprimée au motif que le paragraphe 3 envisageait déjà cette situation. On a objecté que la disposition en question figurait déjà à l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et que sa suppression risquait d'être interprétée à tort comme une invalidation des conventions d'arbitrage passées par un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence de la convention était alléguée par une partie et n'était pas contestée par l'autre.

161. À l'issue du débat, le paragraphe 5 a été adopté quant au fond par la Commission sans modification.

Paragraphe 6

162. Le paragraphe 6 a été adopté par la Commission sans modification.

3. Examen de l'autre proposition

163. La Commission a noté que l'autre proposition supprimait purement et simplement l'exigence d'un écrit et, ce faisant, validait les conventions d'arbitrage verbales.

164. Il a été demandé si cette proposition devrait être retenue. On a indiqué que le projet d'article 7 révisé établissait les exigences minimales qui devraient s'appliquer en ce qui concerne la forme d'une convention d'arbitrage, tandis que l'autre proposition allait beaucoup plus loin et supprimait toutes conditions de forme pour reconnaître, par exemple, la validité des conventions d'arbitrage verbales. Bien que cette autre proposition ait suscité un intérêt considérable, l'avis a été exprimé

---

[6] Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4, qui contient également le Guide pour son incorporation dans le droit interne.

qu'elle s'écartait peut-être trop radicalement de la législation traditionnelle, y compris de la Convention de New York, pour pouvoir être facilement acceptée dans de nombreux pays.

165. En faveur du maintien de cette proposition, il a été noté que, dans plusieurs pays, le fait d'avoir supprimé l'exigence de la forme écrite pour les conventions d'arbitrage n'avait pas donné lieu à des litiges importants concernant la validité de ces conventions. Dans ces pays, a-t-on dit, il était peu probable que la disposition prévue dans le projet d'article 7 révisé soit adoptée si bien que l'autre proposition devrait être retenue. On a fait valoir en outre que la tendance était à l'assouplissement de l'exigence de forme pour la convention d'arbitrage et que, par conséquent, la Loi type sur l'arbitrage, afin d'offrir une solution pour l'avenir, devait donner aux législateurs nationaux la possibilité d'opter pour l'autre proposition.

166. Il a été fait observer par ailleurs que les juridictions étatiques interprétaient souvent la Convention de New York à la lumière des dispositions de la Loi type sur l'arbitrage et que le projet de texte révisé indiquerait aux États que l'exigence d'un écrit prévue à l'article II-2 de la Convention de New York devrait être interprétée de manière plus extensive. On a aussi fait remarquer que, d'après l'article V-1 a) de la Convention de New York, la question de la validité de la convention d'arbitrage (dans le cadre d'une demande d'exécution de la sentence arbitrale) était régie par la loi du lieu où était rendue la sentence et que, par conséquent, si la convention d'arbitrage était valable au regard de la loi du lieu de l'arbitrage, la sentence était exécutoire conformément à la Convention de New York dans ses États parties. Il a été dit également que les juridictions étatiques pouvaient toujours se référer à l'article VII-1 de la Convention de New York pour appliquer une législation interne plus favorable.

167. À l'issue du débat, l'autre proposition a été adoptée quant au fond par la Commission sans modification.

4. Présentation du projet d'article 7 révisé et de l'autre proposition

168. Il a été demandé si le projet d'article 7 révisé et l'autre proposition devraient être présentés comme des options dans la Loi type sur l'arbitrage. On a exprimé la crainte que ce type de présentation ne favorise pas l'harmonisation de la législation dans ce domaine et risque de poser des problèmes aux États adoptants.

169. Il a été suggéré de placer l'autre proposition dans une note de bas de page rattachée au projet d'article 7 révisé ou dans un texte explicatif. Il a été objecté que les deux textes représentaient deux manières différentes de traiter la question de la définition et de la forme de la convention d'arbitrage, la première consistant à assouplir l'exigence d'un écrit et la seconde à la supprimer entièrement, si bien que l'idée de présenter l'autre proposition sous la forme d'une note accompagnant le projet d'article 7 révisé ne serait pas satisfaisante.

170. À l'issue du débat, la Commission a décidé de présenter le projet d'article 7 révisé et l'autre proposition sous la forme d'options dans le texte de la Loi type et de donner des orientations aux États adoptants pour chaque option.

5. Examen du paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage

171. Il a été noté que le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage, qui s'inspirait de l'article IV de la Convention de New York, prévoyait que la partie qui invoquait une sentence ou qui en demandait l'exécution devait en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme. La Commission a observé que, dans le cadre de ses délibérations concernant la forme écrite des conventions d'arbitrage, le Groupe de travail avait jugé nécessaire de veiller à répercuter l'interprétation modifiée de l'exigence d'un écrit (article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York) sur le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type en le modifiant comme proposé au paragraphe 22 du document A/CN.9/606.

172. Il a été proposé de supprimer les mots "certifiée conforme" et "dûment certifiée" des première et deuxième phrases du paragraphe 2 de l'article 35, car une telle exigence avait, dans certains cas, créé une incertitude sur le point de savoir qui pouvait procéder à la certification et en quoi consisterait celle-ci, ce qui risquait de retarder inutilement l'exécution d'une sentence. À cet égard, il a été noté que, pour régler la question de la nécessité d'une certification ou d'une formalité similaire destinée à prouver l'authenticité d'un texte ou de sa traduction, il valait mieux s'en remettre au droit général de la preuve ou aux règles de procédure et à l'appréciation des tribunaux étatiques, que d'imposer des exigences qui risquaient d'être trop lourdes et de donner lieu à des interprétations divergentes.

173. À l'issue du débat, la Commission est convenue de libeller le paragraphe 2 de l'article 35 comme suit: "La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dans cette langue". Il a été convenu que, comme l'indiquait la note accompagnant l'article 35, les conditions énoncées dans cet article visaient à fixer des normes maximales et que le texte explicatif devrait préciser que la suppression de l'obligation de certification ne devait pas être interprétée comme excluant la possibilité pour les juges d'exiger cette certification lorsque cela était nécessaire et conformément à la législation locale.

6. Disposition supplémentaire

174. La Commission a examiné si la Loi type sur l'arbitrage devrait comporter une disposition s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[7], qui visait à faciliter l'interprétation par référence à des principes internationalement acceptés. Elle a observé que des dispositions analogues figuraient dans d'autres lois types élaborées par elle, notamment à l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

175. La Commission est convenue qu'il serait utile et souhaitable d'inclure une telle disposition au motif qu'elle favoriserait une interprétation plus uniforme de la

---

[7] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567 et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

Loi type sur l'arbitrage. Elle est convenue que la disposition devrait être libellée comme suit:

"Article 2 A. Origine internationale et principes généraux

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

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

7. Texte explicatif

176. Il a été noté que les lois types récentes adoptées par la CNUDCI étaient accompagnées d'un guide pour leur incorporation et leur utilisation. Ces guides étaient généralement considérés comme des instruments utiles pour les législateurs nationaux et d'autres utilisateurs des standards de la CNUDCI. Ils favorisaient en outre le processus d'harmonisation des lois. À l'issue du débat, la Commission est convenue qu'il serait utile d'élaborer un tel guide pour l'ensemble de la Loi type sur l'arbitrage, telle que révisée. Le secrétariat a été prié d'élaborer un projet de guide pour que la Commission et le Groupe de travail l'examinent à des sessions ultérieures.

D. Examen du projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York

177. Le texte du projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York, examiné par la Commission, figurait au paragraphe 4 du document A/CN.9/607.

178. On a demandé s'il appartenait à la Commission de faire une déclaration sur l'interprétation d'un traité multilatéral. La Commission a rappelé qu'aux termes de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale qui lui avait donné naissance elle avait notamment pour mandat de rechercher les "moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international"[8]. En conséquence, l'élaboration d'une recommandation de nature persuasive et non contraignante, au profit des utilisateurs du traité, notamment des législateurs, des arbitres, des juges et des parties commerciales, relevait du mandat de la Commission. On a estimé qu'une telle recommandation était appropriée et particulièrement souhaitable dans la situation actuelle, car elle encouragerait l'élaboration de règles favorisant la validité des conventions d'arbitrage dans un plus grand nombre de cas et inciterait les États à adopter la version révisée de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage.

179. La Commission a pris note des discussions du Groupe de travail sur la question de la forme de ce document, notamment sur celle de savoir s'il devait

---

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

revêtir la forme d'une déclaration ou d'une recommandation (A/CN.9/485, par. 65 à 69). Elle est convenue que, conformément à son mandat, le document avait pour objet de proposer une interprétation de certaines dispositions de la Convention de New York à des fins d'harmonisation sans empiéter sur la compétence des États parties à la Convention de formuler des déclarations interprétatives contraignantes sur cette dernière.

180. Dans ce contexte, la Commission est convenue que la forme la plus appropriée pour un tel document était celle d'une recommandation, et non d'une déclaration dont la nature pouvait être mal interprétée. Le titre du document a été modifié en conséquence. La Commission est aussi convenue de faire apparaître la référence à son mandat dans les premiers paragraphes de la recommandation.

E. Adoption des dispositions législatives et de la recommandation

181. La Commission, après avoir examiné le texte des projets de dispositions législatives types sur la définition et la forme de la convention d'arbitrage et sur les mesures provisoires, ainsi que le texte du projet de recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York, a adopté la décision ci-après à sa 834e séance, le 7 juillet 2006:

"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 les intérêts de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

Rappelant la résolution 40/72 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1985, dans laquelle celle-ci a pris note de l'adoption par la Commission de la Loi type sur l'arbitrage commercial international a recommandé que tous les États prennent dûment en considération la Loi type en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international,

Reconnaissant l'utilité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends nés dans le cadre des relations commerciales internationales,

Reconnaissant aussi que les dispositions de la Loi type doivent se conformer aux pratiques actuelles du commerce international et aux moyens modernes de conclusion des contrats en ce qui concerne l'exigence de forme pour la convention d'arbitrage et l'octroi de mesures provisoires,

Estimant que les articles révisés de la Loi type relatifs à l'exigence d'un écrit et aux mesures provisoires, ainsi que le texte explicatif qui les accompagne, amélioreront considérablement l'application de la Loi type,

Notant que les articles révisés de la Loi type ont été élaborés après les délibérations nécessaires et des consultations étendues avec les gouvernements et les milieux intéressés et apporteront beaucoup à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour un règlement juste et efficace des différends du commerce international,

Estimant que, dans le cadre de la modernisation des articles de la Loi type, le moment est particulièrement bien choisi pour promouvoir une interprétation et une application uniformes de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958,

1. *Adopte* les articles révisés de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, tels qu'ils figurent à l'annexe I du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session[9];

2. *Recommande* à tous les États d'envisager favorablement l'incorporation des articles révisés de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ou de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international révisée, lorsqu'ils adopteront ou réviseront leurs lois en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures de règlement des différends et des besoins propres à la pratique de l'arbitrage commercial international;

3. *Adopte* 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, conclue à New York le 10 juin 1958, telle qu'elle figure à l'annexe II du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session."

F. Travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux

182. En ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission était saisie de deux notes intitulées "Travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux" (A/CN.9/610) et "Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" (A/CN.9/610/Add.1).

183. La Commission a pris note des propositions faites par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006) de se concentrer entre autres sur l'éventuelle révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[10]; l'arbitrabilité des litiges internes aux entreprises (et éventuellement d'autres questions relatives à l'arbitrabilité, par exemple dans les domaines des droits de

---

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17).

[10] Ibid., *trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57.

propriété intellectuelle, des différends relatifs aux investissements, de l'insolvabilité ou de la concurrence déloyale); et la résolution des conflits en ligne (voir A/CN.9/952, par. 89 à 95).

184. Il a été convenu d'entreprendre en priorité la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La Commission a noté que le Règlement d'arbitrage, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré comme un texte très réussi, adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires, par exemple dans les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et de l'état du Règlement d'arbitrage, la Commission a généralement estimé qu'une révision éventuelle ne devrait pas modifier la structure du texte, son esprit, son style rédactionnel et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de la rendre plus complexe. Il a été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement d'arbitrage. On a fait remarquer que la liste figurant dans le document A/CN.9/610/Add.1 constituait à cet égard un bon point de départ.

185. L'arbitrabilité, a-t-on dit, était aussi une question importante à examiner en priorité. Il a été déclaré qu'il appartiendrait au Groupe de travail d'examiner si les questions susceptibles d'êtres soumises à l'arbitrage pouvaient être définies de manière générique, éventuellement sous la forme de liste illustrative, ou si la disposition législative à élaborer sur l'arbitrabilité devrait indiquer les questions non susceptibles d'être soumises à l'arbitrage. Il a été suggéré d'entreprendre une étude de la question de l'arbitrabilité et d'autres formes de modes alternatifs de règlement des litiges dans le contexte des biens immeubles, de la concurrence déloyale et de l'insolvabilité. On a toutefois attiré l'attention sur le fait que l'arbitrabilité soulevait des questions d'ordre public, dont tout le monde savait qu'il était difficile de les définir de manière uniforme et que l'élaboration d'une liste prédéfinie de questions arbitrables risquait d'empêcher inutilement les États de répondre à certaines préoccupations d'ordre public susceptibles d'évoluer avec le temps.

186. Parmi les autres thèmes susceptibles de faire l'objet de travaux futurs au sein du Groupe de travail figuraient les questions posées par le règlement des conflits en ligne. Il a été dit que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, lorsqu'il était lu conjointement avec d'autres instruments de la CNUDCI, comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention sur les contrats électroniques, résolvait déjà un certain nombre de questions se posant dans le contexte en ligne. Un autre thème mentionné était l'arbitrage dans le domaine de l'insolvabilité. Une autre suggestion encore a été d'examiner l'incidence des injonctions antipoursuites sur l'arbitrage international. On a proposé en outre d'envisager de clarifier les notions, employées au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York, de "sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées" ou de "sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées", dont on a dit qu'elles avaient été source d'incertitudes dans certaines juridictions étatiques. La Commission a également écouté avec intérêt une déclaration faite au nom du Comité consultatif international du coton dans laquelle il était proposé qu'elle entreprenne des travaux pour promouvoir la discipline

contractuelle, l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences dans ce secteur.

187. Après discussion, la Commission a généralement estimé que le Groupe de travail pourrait aborder plusieurs questions en parallèle. Elle est convenue que le Groupe de travail devrait entreprendre des travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage. Elle est également convenue que l'arbitrabilité était un thème qu'il devrait aussi examiner. Pour ce qui est du règlement des conflits en ligne, il a été convenu que le Groupe de travail inscrirait cette question à son programme, mais qu'il devrait, du moins dans une phase initiale, examiner les incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage.

V. Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I

188. À ses trente-sixième et trente-septième sessions, en 2003 et en 2004 respectivement, la Commission avait étudié la possibilité de mettre à jour la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[11] ainsi que le Guide pour son incorporation en se fondant sur les notes du secrétariat (A/CN.9/539 et Add.1 et A/CN.9/553)[12]. À sa trente-septième session, elle était convenue que la Loi type gagnerait à être mise à jour pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles qui résultaient de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans l'utilisation de la Loi type comme base de réforme de la législation relative à la passation des marchés publics ainsi que d'autres questions éventuelles. Elle avait décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions de révision de la Loi type et lui avait donné un mandat souple consistant à identifier les questions à traiter lors de ses travaux. Elle avait noté qu'en mettant à jour la Loi type il faudrait veiller à ne pas s'écarter des principes fondamentaux de celle-ci et à ne pas modifier les dispositions dont l'utilité avait été prouvée[13].

189. Le Groupe de travail a commencé ses travaux conformément à ce mandat à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004). À cette session, il a décidé de continuer, à ses sessions futures, d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes proposés dans les notes (A/CN.9/WG.I/WP.31 et A/CN.9/WG.I/WP.32)[14] du secrétariat (A/CN.9/568, par. 10).

190. À sa trente-neuvième session, la Commission a pris note des rapports des huitième (Vienne, 7-11 novembre 2005) et neuvième (New York, 24-28 avril 2006) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/590 et A/CN.9/595, respectivement).

---

[11] Ibid., *quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13, qui contient également le Guide pour son incorporation dans le droit interne.

[12] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 225 à 230, et ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 79 à 82.

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

[14] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 171.

191. La Commission a été informée qu'à ses huitième et neuvième sessions le Groupe de travail avait poursuivi l'examen approfondi des thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques des technologies de l'information dans la passation des marchés. Elle a noté que, conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa septième session de tenir compte de cette utilisation (y compris celle des enchères électroniques inversées) dans la Loi type (A/CN.9/575, par. 9)[15], ce dernier était parvenu, à sa neuvième session, à un accord préliminaire sur les projets de modifications qu'il serait nécessaire d'apporter à la Loi type et au Guide à cet égard. La Commission a aussi noté que le Groupe de travail avait décidé de poursuivre l'examen approfondi des propositions de modifications portant sur les aspects en suspens des enchères électroniques inversées et sur les offres anormalement basses et d'aborder la question des accords-cadres et des listes de fournisseurs à ses prochaines sessions (A/CN.9/595, par. 9).

192. La Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette Loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés. Lors de son examen du point 14 de l'ordre du jour, intitulé "Coordination et coopération", et se référant au document A/CN.9/598/Add.1 (voir par. 232 ci-dessous), la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour 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 des dispositions spéciales à cet égard. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 273 a) ci-dessous.)

VI. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III

193. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'avait chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des questions liées au transport international de marchandises par mer, telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[16]. À sa trente-cinquième session, en 2002, elle avait approuvé l'hypothèse de travail selon laquelle le projet de convention sur le droit des transports devrait s'appliquer aux opérations de transport de porte à porte[17]. À ses trente-sixième, trente-septième et trente-huitième sessions, en 2003, 2004 et 2005, respectivement, elle avait noté la complexité de l'élaboration du projet de convention et avait autorisé le Groupe de travail, à titre exceptionnel, à se réunir pendant deux semaines[18].

194. À sa trente-neuvième session, la Commission a pris note avec satisfaction des progrès accomplis par le Groupe de travail à ses seizième (Vienne, 28 novembre-

---

[15] Ibid.

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

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

[18] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 208; ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 133; et ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 238.

9 décembre 2005) et dix-septième (New York, 3-13 avril 2006) sessions (voir A/CN.9/591 et Corr.1, et A/CN.9/594, respectivement).

195. La Commission a été informée qu'à ses seizième et dix-septième sessions le Groupe de travail avait procédé à la deuxième lecture du projet de convention et avait avancé sur un certain nombre de questions difficiles, telles que celles qui concernaient la compétence, l'arbitrage, les obligations du chargeur, la livraison des marchandises, ainsi que la durée de la responsabilité du transporteur, le droit de contrôle, la livraison au destinataire, le champ d'application et la liberté contractuelle, les documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport. Le Groupe de travail avait également examiné les thèmes du transfert des droits et, plus généralement, le point de savoir si l'une quelconque des questions de fond figurant actuellement dans le projet de convention devrait être traitée ultérieurement dans un futur instrument éventuel. La Commission a également été informée que le secrétariat avait facilité l'ouverture des consultations, actuellement en cours, entre les experts du Groupe de travail III (Droit des transports) et les experts du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) dans l'espoir qu'un accord puisse être trouvé sur les dispositions du projet de convention relatives à l'arbitrage.

196. La Commission a été informée qu'afin d'accélérer encore l'échange de vues la formulation de propositions et l'émergence d'un consensus en vue d'une troisième et dernière lecture du projet de convention, un certain nombre de délégations qui avaient participé aux seizième et dix-septième sessions du Groupe de travail avaient maintenu leur initiative consistant à tenir des consultations informelles pour la poursuite de la discussion entre les sessions du Groupe de travail.

197. Certaines préoccupations ont été exprimées au sujet du traitement dans le projet de convention des questions du champ d'application et de la liberté contractuelle. Il a été dit que la liberté donnée aux parties à des contrats de tonnage de déroger aux dispositions du projet de convention constituait un changement important par rapport au régime actuel des conventions relatives au droit des transports. On a fait valoir que, étant donné la définition large des contrats de tonnage à l'article premier du projet de convention, la liberté contractuelle pourrait couvrir presque tous les transports de marchandises par lignes de navigation relevant du champ d'application du projet de convention. On a fait valoir en outre que les conditions requises pour déroger valablement au projet de convention ne comprenaient pas le consentement exprès des deux parties aux dérogations, ce qui, a-t-on dit, permettrait que des contrats types contenant des clauses dérogatoires puissent être soumis aux chargeurs.

198. Ces préoccupations ont été soutenues, de même que la nécessité pour le Groupe de travail de les examiner. Des objections ont toutefois également été soulevées à l'égard, à la fois, de la critique du traitement de la liberté contractuelle et de la caractérisation des problèmes que créerait le projet de convention. Il a été dit à ce sujet que la liberté contractuelle était un élément important dans l'équilibre général du projet de convention et que le texte actuel était le résultat d'un accord qui s'était dégagé au sein du Groupe de travail après de longues discussions.

199. La Commission a pris note des préoccupations liées au traitement des questions du champ d'application et de la liberté contractuelle dans le projet de convention, de la proposition commune de l'Australie et de la France sur la liberté

contractuelle dans le cadre des contrats de tonnage qui figurait dans le document A/CN.9/612 et des manifestations de soutien en faveur des projets de dispositions actuels. Elle a estimé que le Groupe de travail était l'instance appropriée pour examiner ces questions de fond au stade actuel et a déclaré qu'elle était sûre qu'il répondrait à ces préoccupations dans les discussions en cours sur le projet de convention. Elle a pris note des points de vue exprimés par un certain nombre de délégations sur la nécessité de garantir une large acceptation, au niveau international, de l'issue des délibérations du Groupe de travail.

200. Pour ce qui est d'un calendrier possible pour l'achèvement du projet de convention, la Commission a été informée que le Groupe de travail prévoyait de terminer sa deuxième lecture du projet de convention fin 2006 et la lecture finale fin 2007, afin de présenter le texte pour finalisation par la Commission en 2008. Elle est convenue que 2008 serait un objectif souhaitable pour l'achèvement du projet, mais qu'il n'était pas indiqué de fixer une date limite ferme au stade actuel. La Commission, prenant note de la complexité et de l'ampleur de la tâche que représentait l'élaboration du projet de convention, a autorisé le Groupe de travail à tenir des sessions de deux semaines. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir paragraphe 273 c) ci-dessous.)

VII. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

201. À sa trente-huitième session, en 2005, la Commission avait examiné, en s'appuyant sur une note du secrétariat, la possibilité d'entreprendre dans l'avenir des travaux sur le commerce électronique conformément au mandat qui lui avait été donné de coordonner les efforts déployés au niveau international pour harmoniser le droit commercial international (A/CN.9/579)[19]. Cette note résumait les travaux entrepris par d'autres organisations dans divers domaines liés au commerce électronique, lesquels mettaient en évidence les divers éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique[20].

202. La Commission, à cette occasion, s'était félicitée des informations fournies dans la note du secrétariat et avait confirmé l'utilité de ce type de présentation intersectorielle d'activités, à la fois pour ses propres efforts de coordination et pour répondre aux besoins d'information des États membres. Elle avait prié le secrétariat de réaliser une étude plus détaillée, qu'elle examinerait à sa trente-neuvième session, en 2006, étude qui devrait contenir des propositions sur la forme et la nature d'un document de référence général, qu'elle pourrait envisager d'élaborer dans l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier[21].

203. À sa trente-neuvième session, la Commission était saisie d'une note établie par le secrétariat suite à cette demande (A/CN.9/604). Cette note exposait les domaines qui pourraient être examinés dans un document de référence général, à savoir: a) l'authentification et la reconnaissance internationale des signatures électroniques;

---

[19] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 213 à 215.
[20] Ibid., par. 213.
[21] Ibid., par. 214.

b) la responsabilité et les normes de conduite pour les fournisseurs d'accès à Internet; c) la facturation électronique et les questions juridiques liées aux chaînes logistiques dans le commerce électronique; d) le transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits par des communications électroniques; e) la concurrence déloyale et les pratiques commerciales trompeuses dans le commerce électronique; et f) la vie privée et la protection des données dans le commerce électronique. La note présentait également d'autres questions pouvant être traitées, quoique plus brièvement, dans le document en question à savoir: a) la protection des droits de propriété intellectuelle; b) les communications électroniques non sollicitées (spams); et c) la cybercriminalité.

204. La Commission s'est félicitée des informations et des propositions soumises par le secrétariat. Elle s'est de nouveau déclarée convaincue que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[22] et la Convention sur les contrats électroniques offraient aux États une base solide pour faciliter le commerce électronique, mais n'abordaient qu'un nombre limité de questions.

205. Selon un avis, qui a été appuyé, la tâche des législateurs et des responsables politiques, en particulier dans les pays en développement, se trouverait considérablement facilitée si la Commission élaborait un document de référence général traitant des questions mises en évidence par le secrétariat. Ce document, a-t-on ajouté, pourrait aussi aider la Commission à identifier des domaines dans lesquels elle pourrait entreprendre elle-même des travaux d'harmonisation dans l'avenir.

206. Selon un autre point de vue, également appuyé, l'éventail des questions proposées par le secrétariat était trop large et il faudrait peut-être réduire la portée du document de référence général. Étant donné la diversité des questions envisagées, il a été convenu que les États membres auraient probablement besoin de temps supplémentaire, du moins pour examiner s'il était souhaitable d'entreprendre des travaux législatifs sur ces questions et quelle en serait la portée éventuelle, et que la Commission devrait attendre jusqu'à sa quarantième session, en 2007, pour se prononcer définitivement sur les sujets à aborder. La Commission est aussi convenue que sa décision sur ce point serait facilitée si elle pouvait examiner un exemple de chapitre du document de référence consacré à un sujet précis. Elle a donc prié le secrétariat de préparer un document traitant uniquement des questions liées à l'authentification et à la reconnaissance internationale des signatures électroniques, afin qu'elle l'examine à sa quarantième session, en 2007.

VIII. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité

207. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/596) rendant compte du colloque international tenu à Vienne du 14 au 16 novembre 2005 pour étudier une série de propositions qui lui avaient été présentées à sa trente-huitième

---

[22] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), annexe II et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, qui contient également le Guide pour son incorporation dans le droit interne.

session en 2005 (A/CN.9/582 et Add.1 à 7)[23] concernant les travaux qui pourraient être entrepris sur le droit de l'insolvabilité, plus particulièrement sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, les protocoles d'insolvabilité internationale dans les procédures transnationales, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les redressements internationaux, les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité ainsi que la fraude commerciale et l'insolvabilité. Elle a aussi pris note du document A/CN.9/597.

208. La Commission s'est félicitée de l'organisation du colloque et a pris note des sujets examinés et des questions soulevées. En ce qui concerne les propositions du secrétariat relatives aux travaux futurs possibles, elle a rappelé, en particulier, que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité s'était posée lors de l'élaboration du Guide sur l'insolvabilité et que ce dernier abordait certains des thèmes précités en se limitant soit à une brève introduction, comme dans le cas du traitement des groupes de sociétés, soit à la législation interne sur l'insolvabilité, comme dans le cas du financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Il a été admis qu'une étude plus poussée de ces deux questions s'appuierait sur les travaux déjà terminés par la Commission et viendrait les compléter. Cette dernière a noté également que la proposition concernant les protocoles d'insolvabilité internationale avait un lien non seulement étroit mais aussi de complémentarité avec la promotion et l'utilisation d'un texte qu'elle avait déjà adopté, à savoir la Loi type sur l'insolvabilité internationale[24], qui avait été incorporée à ce jour par 11 États, suscitait un intérêt croissant et était de plus en plus souvent l'objet de discussions. Il convenait donc d'examiner comment faciliter l'application des dispositions de cette Loi relatives à la coordination et à la coopération en mettant l'expérience acquise sur les plans juridique et judiciaire dans les domaines de la négociation, de l'utilisation et du contenu des protocoles à la disposition de la communauté juridique internationale sous une forme ou une autre.

209. Après débat, la Commission est convenue:

a) Que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine en 2006 et qu'il faudrait laisser à ce groupe de travail toute latitude pour présenter à la Commission des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet;

b) Que la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait, dans un premier temps, être considérée comme un volet des travaux à entreprendre dans le domaine de l'insolvabilité des groupes de sociétés et que le Groupe de travail devrait disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour examiner toutes propositions de travaux sur d'autres aspects de la question;

---

[23] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 209 et 210.

[24] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), annexe I et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3, qui contient également le Guide pour son incorporation dans le droit interne.

c) Que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale devraient être facilités de manière informelle par le biais de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité. Un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux devrait être présenté à la Commission pour qu'elle puisse examiner plus avant la question à sa quarantième session, en 2007;

d) Qu'il faudrait laisser au secrétariat une certaine latitude pour organiser comme il convient les travaux à entreprendre concernant les thèmes b) et c) compte tenu des ressources limitées; et

e) Que les travaux réalisés par d'autres organisations sur la question des responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité ainsi que celle de l'insolvabilité et la fraude commerciale devraient faire l'objet d'un suivi afin de faciliter les travaux que la Commission pourrait entreprendre dans l'avenir.

210. La Commission a noté que le thème de l'arbitrabilité des questions d'insolvabilité et de l'utilisation d'autres modes alternatifs de règlement des litiges (comme la médiation et le facilitation) dans le contexte de l'insolvabilité avait été examiné en tant qu'objet possible de travaux futurs qu'entreprendrait le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), avec l'aide du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (voir par. 183 et 185 à 187).

IX. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale

211. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/600) faisant état des travaux en cours et des travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale. Elle a rappelé qu'elle avait précédemment examiné le sujet de la fraude commerciale de ses trente-cinquième à trente-huitième sessions, de 2002 à 2005[25].

212. Il a été rappelé qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission était convenue que le secrétariat devrait faciliter, là où il y avait lieu, l'étude d'exemples de fraude commerciale dans le contexte particulier des projets sur lesquels elle travaillait, afin que les représentants participant à ces projets puissent prendre en compte le problème de la fraude dans leurs délibérations. En outre, à des fins de sensibilisation, de formation et de prévention, elle était convenue également qu'il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des fraudeurs, dans la mesure où ces listes pourraient les aider à se protéger et à ne pas être victimes de pratiques frauduleuses. Bien qu'il n'ait pas été proposé que la Commission elle-même ou ses groupes de travail intergouvernementaux participent directement à cette activité, il avait été convenu

---

[25] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290; *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 231 à 241; *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 108 à 112; et *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 216 à 220.

que le secrétariat devrait envisager d'élaborer, en étroite consultation avec des experts, ces listes de caractéristiques et tenir la Commission informée de l'avancement des travaux à cet égard[26].

213. À sa trente-huitième session en 2005, l'attention de la Commission avait été appelée sur la résolution 2004/26 adoptée le 21 juillet 2004 par le Conseil économique et social et intitulée "Coopération internationale en matière de prévention, d'enquêtes, de poursuites et de sanctions concernant la fraude, l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et les infractions connexes"[27]. À cette session, la Commission avait été informée que, conformément à cette résolution, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) avait réuni les 17 et 18 mars 2005 un groupe intergouvernemental d'experts chargé de réaliser une étude sur la fraude ainsi que l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et d'élaborer, à partir de cette étude, des pratiques, des principes directeurs ou d'autres éléments sur la question, en tenant compte en particulier des activités pertinentes de la CNUDCI. Elle avait noté que les résultats de cette réunion avaient été présentés à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à sa quatorzième session (Vienne, 23-27 mai 2005; voir E/CN.15/2005/11). et que les participants à la réunion étaient convenus d'entreprendre une étude sur le problème à partir des informations reçues en réponse à un questionnaire sur la fraude, ainsi que l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles. Elle avait aussi été informée que son secrétariat avait participé à la réunion précitée et avait exprimé son soutien à ce dernier pour l'aide qu'il apportait au projet de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime[28].

214. À sa trente-neuvième session, la Commission a été informée de l'état d'avancement des travaux du secrétariat sur l'établissement de listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques, qui avaient pour objectifs principaux: a) d'élaborer une documentation mettant en évidence les mécanismes et les caractéristiques de la fraude commerciale d'une façon qui encouragerait le secteur privé à mobiliser ses ressources pour combattre le problème de manière organisée et systématique; b) d'apporter une assistance aux organismes gouvernementaux pour déterminer comment ils pourraient aider les secteurs public et privé à s'attaquer au problème; et c) d'aider les professionnels du droit pénal à trouver le meilleur moyen de faire participer le secteur privé à ce combat. La Commission a pris note du format proposé au paragraphe 14 du document A/CN.9/600 pour présenter les caractéristiques communes, et de la possibilité d'inclure dans la documentation devant être élaborée d'autres éléments, tels qu'un glossaire de termes couramment employés ou des explications sur la façon d'exercer effectivement une diligence raisonnable (A/CN.9/600, par. 16).

215. La Commission a aussi été informée que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime avait rendu compte à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à sa quinzième session (Vienne, 24-28 avril 2006; voir E/CN.15/2006/11) de l'avancement des travaux relatifs à l'étude sur la fraude, l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et les infractions connexes et que cette étude devrait en principe lui être soumise à sa seizième session,

---

[26] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 110 à 112.
[27] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 217.
[28] Ibid., par. 218 et 219.

en 2007. Le secrétariat de la CNUDCI avait collaboré avec celui de l'Office pour rédiger et diffuser le questionnaire en vue de l'étude.

216. Il a été déclaré que la fraude commerciale décourageait le commerce légitime et ébranlait la confiance dans les pratiques et les instruments contractuels établis. Dans ce contexte, on a dit que le point de vue et l'expertise de la CNUDCI – du fait de sa spécialisation dans le droit des opérations et le droit privé – étaient nécessaires pour comprendre pleinement le problème de la fraude commerciale et particulièrement utiles pour l'élaboration de mesures visant à le combattre. On s'est félicité des travaux menés par le secrétariat de la CNUDCI dans ce domaine ainsi que de sa coopération avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. On a déclaré qu'il faudrait accorder une attention particulière à l'utilisation accrue de l'Internet par les fraudeurs ainsi qu'à l'utilisation d'opérations commerciales à des fins de blanchiment d'argent.

217. La Commission a souscrit à ces déclarations et a conclu que son secrétariat devrait poursuivre, en collaboration avec des experts et d'autres organisations intéressées, ses travaux pour mettre en évidence les caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses en vue de lui présenter une documentation provisoire ou définitive pour qu'elle l'examine à une session future, et qu'il devrait continuer à coopérer avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime dans le cadre de son étude sur la fraude, l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et les infractions connexes et la tenir informée de l'avancement de ces travaux.

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

218. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre l'application dans les législations nationales de la Convention de New York[29]. Il a aussi été rappelé que le secrétariat lui avait présenté, à sa trente-huitième session, en 2005, un rapport préliminaire (A/CN.9/585), qui exposait les questions soulevées par les réponses reçues au questionnaire distribué en rapport avec ce projet[30].

219. Il a en outre été rappelé qu'à cette session la Commission s'était félicitée des progrès dont il était rendu compte dans le rapport préliminaire, notant que, dans l'ensemble, les réponses reçues servaient à faciliter les débats relatifs aux prochaines mesures à prendre et mettaient en évidence les zones d'incertitude sur lesquelles un complément d'information pouvait être demandé aux États parties ou des études plus poussées pouvaient être entreprises. Il avait été estimé qu'une possibilité par la suite serait d'élaborer un guide législatif pour réduire le risque de voir la pratique des États s'écarter de l'esprit de la Convention de New York[31].

220. À sa trente-neuvième session, la Commission a pris note des questions supplémentaires, présentées oralement par le secrétariat, que ce dernier proposait de poser aux États (comme indiqué dans le document A/CN.9/585, par. 73) afin d'obtenir des renseignements plus complets sur différents aspects de l'application

---

[29] Ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404.
[30] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 189.
[31] Ibid., par. 190 et 191.

de la Convention de New York, notamment la législation, la jurisprudence et la pratique. Elle est convenue que le projet devrait avoir pour but d'élaborer un guide législatif, afin de promouvoir une interprétation uniforme de la Convention. À l'issue de son débat, elle a réaffirmé sa décision, prise à sa trente-huitième session, en 2005, de laisser au secrétariat une certaine marge de manœuvre pour déterminer les délais d'achèvement du projet et le degré de détail à retenir dans le rapport qu'il lui soumettrait en temps utile pour examen[32].

XI. Assistance technique en matière de réforme du droit

A. Activités d'assistance technique

221. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/599) décrivant les activités d'assistance technique entreprises depuis la date de publication de la précédente note sur la même question qui lui avait été présentée à sa trente-huitième session, en 2005 (A/CN.9/586). Elle a souligné l'importance de cette coopération technique et s'est félicitée des activités entreprises par le secrétariat dont rendaient compte les paragraphes 8 à 14 du document A/CN.9/599.

222. La Commission a noté qu'elle ne pourrait continuer à fournir une assistance technique en réponse aux demandes spécifiques des États que si elle disposait de fonds pour couvrir les dépenses y afférentes et a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres entités intéressées à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, sous la forme de contributions pluriannuelles si possible, ou de contributions à des fins spéciales, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de répondre à la demande croissante de formation et d'assistance technique législative émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié les États qui avaient contribué au Fonds depuis sa trente-huitième session, à savoir le Mexique et Singapour, ainsi que les organisations qui avaient contribué au programme en fournissant des fonds ou du personnel ou en accueillant des séminaires.

223. 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 et a noté qu'aucune contribution n'avait été reçue depuis sa trente-huitième session.

B. Ressources d'assistance technique

224. La Commission a noté avec satisfaction que les travaux se poursuivaient dans le cadre du système mis en place pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (Recueil de jurisprudence). Au 4 avril 2006, 54 numéros du Recueil de jurisprudence rendant compte de 604 affaires, relatives principalement à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Loi type sur l'arbitrage, avaient été préparés en vue de leur publication.

---

[32] Ibid., par. 191.

225. Il a été largement admis que le Recueil de jurisprudence demeurait un aspect important des activités d'assistance technique entreprises par la CNUDCI et que sa large diffusion, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, favorisait l'interprétation et l'application uniformes des textes de la CNUDCI. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur travail de sélection des décisions et de préparation des sommaires.

226. La Commission a noté que le précis de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, publié en décembre 2004, était actuellement revu et édité et que la première version d'un précis de jurisprudence concernant la Loi type sur l'arbitrage était en cours d'achèvement pour publication.

227. La Commission a également noté les derniers développements concernant le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org), a souligné son importance en tant qu'élément du programme d'activités d'information et d'assistance technique, s'est félicitée qu'il soit accessible dans les six langues officielles de l'ONU et a encouragé le secrétariat à continuer de le tenir à jour et de l'améliorer conformément aux directives en vigueur.

228. La Commission a pris note des derniers développements concernant la Bibliothèque de droit de la CNUDCI et les publications de la CNUDCI. En ce qui concerne l'Annuaire de la CNUDCI, elle a encouragé le secrétariat à prendre des mesures pour en réduire les coûts et les délais de publication, soulignant son importance en tant que moyen de diffuser des informations sur les travaux de la CNUDCI.

C. Activités futures

229. La Commission a noté qu'une réunion d'information sur les objectifs et la planification des activités d'assistance technique de la CNUDCI avait été organisée à l'intention des missions permanentes auprès de l'Organisation des Nations Unies à Vienne et que le secrétariat prenait d'autres mesures pour renforcer les liens avec ces missions afin de déceler plus facilement les besoins nationaux et régionaux en matière d'assistance technique.

XII. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI

230. 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.9/601) telle qu'actualisée par les informations disponibles sur son site Web. Elle a pris acte avec satisfaction des nouveaux instruments déposés et des nouvelles législations adoptées depuis sa trente-huitième session concernant les textes ci-après:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974) [non modifiée][33]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Libéria; nombre d'États parties: 26;

---

[33] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119.

b) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée (New York, 1980)[34]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Libéria; nombre d'États parties: 19;

c) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 1978)[35]. Dépôt de nouveaux instruments par le Libéria et le Paraguay; nombre d'États parties: 31;

d) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Dépôt de nouveaux instruments par le Libéria et le Paraguay; nombre d'États parties: 67;

e) Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)[36]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Libéria; nombre d'États parties: 5;

f) Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991)[37]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Paraguay; nombre d'États parties: 4;

g) Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995)[38]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Libéria; nombre d'États parties: 8;

h) Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 2001)[39]. Dépôt d'un nouvel instrument par le Libéria; nombre d'États parties: 1;

i) Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005). Dépôt de nouveaux instruments par le Liban, la République centrafricaine et le Sénégal[40];

j) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Dépôt de nouveaux instruments par le Libéria et le Pakistan; nombre d'États parties: 137;

k) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par l'Autriche, le Danemark, le

---

[34] Ibid., n° 26121 et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.13.

[35] Ibid., vol. 1695, n° 29215 et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.

[36] Résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

[37] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, Vienne, 2-19 avril 1991* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.XI.3) première partie, document A/CONF.152/13, annexe.

[38] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38030 et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

[39] Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

[40] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe. Pour la signature de la Chine, de Singapour et de Sri Lanka pendant la réunion spéciale, qui a eu lieu le 6 juillet 2006 à l'occasion de la trente-neuvième session de la Commission et qui comprenait la cérémonie de signature de la Convention sur les contrats électroniques, voir par. 266 du présent rapport.

Nicaragua, la Norvège, la Pologne, la Turquie, et aux États-Unis d'Amérique par l'État de Louisiane;

l) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996). Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par la Chine, au Canada par la province d'Alberta, aux États-Unis par les États d'Alaska et de Caroline du Sud, et par le Sri Lanka;

m) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997). Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Serbie et les îles Vierges britanniques (territoire d'outre-mer du Royaume-Uni).

n) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001). Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par la Chine;

o) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[41]. Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par le Canada, la Croatie, la Hongrie et le Nicaragua; lois étatiques uniformes fondées sur la Loi type élaborées aux États-Unis et adoptées dans les États suivants: Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio et Washington.

231. La Commission a pris note de la finalisation par le secrétariat de la note explicative relative à la Convention sur les contrats électroniques (A/CN.9/608 et Add.1 à 4). Elle s'est déclarée satisfaite de cette note et a prié le secrétariat de la publier et de la diffuser largement, éventuellement sous la forme d'une publication des Nations Unies.

XIII. Coordination et coopération

A. Remarques générales

232. À sa trente-neuvième session, la Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/598) rendant brièvement compte des travaux, en particulier des travaux législatifs de fond, des organisations internationales en matière d'harmonisation du droit commercial international, ainsi que de deux autres notes portant sur des domaines d'activité particuliers, à savoir les marchés publics (A/CN.9/598/Add.1) et les sûretés réelles mobilières (A/CN.9/598/Add.2) (pour la discussion, voir par. 192 ci-dessus et par. 235 à 251 ci-dessous). Elle a félicité le secrétariat pour la préparation de ces rapports, reconnaissant leur utilité pour la coordination des activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, et a accueilli avec satisfaction la révision de ces rapports sur une base annuelle.

233. Il a été rappelé que la Commission était généralement convenue à sa trente-septième session, en 2004, d'adopter une attitude plus active, par l'intermédiaire de son secrétariat, pour s'acquitter de son rôle de coordination[42]. Rappelant que l'Assemblée générale avait approuvé – approbation manifestée le

---

[41] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.

[42] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 113 à 115.

plus récemment au paragraphe 4 de sa résolution 60/20 du 23 novembre 2005 – les efforts déployés et les initiatives prises en vue de coordonner les activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international (voir par. 260 ci-dessous), la Commission a noté avec satisfaction que le secrétariat prenait des mesures pour engager un dialogue, sur les activités d'assistance législative et d'assistance technique, avec un certain nombre d'organisations, comme la Banque mondiale, la Conférence de La Haye de droit international privé, le Conseil international pour l'arbitrage commercial, le Fonds monétaire international, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), l'International Law Institute, le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe, l'Organisation des États américains (OEA). Elle a noté que ce travail impliquait souvent de se rendre aux réunions de ces organisations et d'utiliser les fonds alloués aux voyages officiels. 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 a approuvé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

234. En réponse à une demande d'Unidroit, le secrétariat a proposé que l'édition actuelle des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international[43] soit diffusée aux États en vue de leur adoption éventuelle par la Commission à sa quarantième session, en 2007. Après discussion, la Commission a accepté cette proposition, notant que la diffusion des Principes faciliterait la coordination entre les deux organisations et aiderait les États qui n'étaient pas membres d'Unidroit et d'autres utilisateurs à appliquer les Principes dans leur travail législatif et dans leurs autres travaux.

B. Coordination et coopération dans le domaine du droit du financement garanti

235. La Commission était saisie d'une note du secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit relatif aux sûretés réelles mobilières (A/CN.9/598/Add.2).

1. Projet de convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés

236. La Commission a pris note avec satisfaction de la coopération entre le secrétariat d'Unidroit et son propre secrétariat pour assurer la cohérence entre le projet de convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (ci-après "le projet de convention d'Unidroit sur les titres") et le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (voir chap. III ci-dessus). Notant qu'elle a précédemment décidé d'exclure de façon générale la constitution de sûretés sur des valeurs mobilières, la Commission a discuté de certaines exceptions qui pourraient être examinées par son Groupe de travail VI (Sûretés). Il a été dit que la proposition figurant au paragraphe 11 du document A/CN.9/598/Add.2 devait être formulée de manière plus restrictive afin de se limiter aux exceptions qui seraient approuvées par la Commission.

---

[43] Disponible à la date d'élaboration du présent rapport à l'adresse http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/ main.htm.

237. En particulier, il a été noté qu'une sûreté sur des valeurs mobilières, en tant que biens initialement grevés ou en tant que produit, constituée et rendue opposable en vertu du projet de convention d'Unidroit sur les titres, aurait priorité sur une sûreté concurrente grevant les valeurs mobilières en tant que produit d'un bien relevant du champ d'application d'une législation fondée sur le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. De la même façon, il a été noté qu'une sûreté sur une créance ou un autre bien entrant dans le champ d'application du projet de guide en tant que bien initialement grevé devrait avoir priorité sur une sûreté concurrente grevant une telle créance ou un tel autre bien en tant que produit de valeurs mobilières. Il a été noté enfin qu'une sûreté sur des valeurs mobilières garantissant une créance, un instrument négociable ou une autre obligation suivrait la créance qu'elle garantissait, à condition que les droits des tiers, la priorité et la réalisation ne soient pas affectés.

238. Il a été largement estimé que les points mentionnés ci-dessus constituaient une base de discussion acceptable entre les deux secrétariats et les experts des groupes de travail compétents d'Unidroit et de la CNUDCI pour parvenir à un accord sur le contenu des questions qui se recoupaient dans les deux textes et sur une exclusion limitée des valeurs mobilières du champ d'application du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Il a été dit que l'un des avantages d'une telle approche pourrait être qu'elle éviterait d'exclure du projet de guide des questions non abordées dans le projet de convention d'Unidroit sur les titres, comme les sûretés sur des valeurs mobilières détenues directement. Il a été dit que, pour des raisons pratiques, des sûretés sur des comptes bancaires ou sur des comptes de valeurs mobilières devraient dans la mesure du possible être traitées de la même manière et avoir les mêmes effets.

2. Projet de loi type d'Unidroit sur le leasing

239. La Commission a noté qu'Unidroit élaborait actuellement un projet de loi type sur le leasing (le "projet de loi type d'Unidroit") qui porterait à la fois sur les baux d'exploitation et les baux financiers (c'est-à-dire les baux servant à des fins de garantie), traités dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties comme des mécanismes de financement d'acquisitions. Il a été noté en outre que, dans leurs discussions, les deux secrétariats avaient montré une certaine préférence pour que le projet de loi type d'Unidroit soit subordonné à la loi sur les opérations garanties en ce qui concerne les baux financiers et qu'il soit coordonné avec le projet de guide législatif de la CNUDCI afin d'éviter de créer des obstacles à une législation fondée sur ce projet de guide. Il a été dit aussi que le projet de loi type d'Unidroit serait particulièrement avantageux pour les pays d'Afrique étant donné la nécessité d'améliorer leurs infrastructures.

240. Un large appui a été exprimé en faveur de la coordination des efforts déployés par Unidroit et par la Commission pour harmoniser le projet de loi type d'Unidroit et le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Il a été largement estimé que la coopération des deux secrétariats représentait un pas utile dans la bonne direction pour trouver une approche commune à proposer aux États.

241. À l'issue du débat, la Commission a prié le secrétariat de poursuivre ses efforts de coordination avec Unidroit afin d'harmoniser le projet de loi type d'Unidroit et le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

3. Principes directeurs de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement pour l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles

242. La Commission a noté avec intérêt la publication par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) d'un ensemble de principes traitant des registres d'inscription des sûretés réelles. Il a été dit que la Commission devrait elle aussi élaborer un tel ensemble de principes, tenant compte de ceux de la BERD, ainsi que d'autres ensembles de principes similaires.

4. Proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

243. En ce qui concerne la relation entre la proposition de règlement "de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("règlement Rome I proposé") et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la "Convention des Nations Unies sur la cession"), la Commission a noté avec satisfaction que la Commission européenne partageait les inquiétudes exprimées dans la note du secrétariat (voir A/CN.9/598/Add.2, par. 34) et reconnaissait que l'adoption dans un instrument contraignant de l'Union européenne d'une règle sur la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers différente de celle retenue dans la Convention compromettrait la sécurité juridique obtenue au niveau international et pourrait avoir un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût du crédit. Elle a également noté avec satisfaction que la Commission européenne était disposée à coopérer étroitement avec son secrétariat afin, dans la mesure du possible, d'assurer la cohérence entre les deux instruments et de faciliter la ratification de la Convention par les États membres de l'Union.

244. L'idée d'une étroite coopération avec la Commission européenne pour assurer la cohérence entre les deux textes et permettre aux États membres de l'Union européenne de ratifier la Convention des Nations Unies sur la cession a été fermement appuyée au sein de la Commission. De l'avis général, une règle internationalement uniforme sur la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers apporterait plus de sécurité juridique dans les opérations financières importantes et favoriserait l'offre de crédit plus abordable dans le monde.

245. Il a été dit qu'il serait peut-être utile, pour que le règlement "Rome I" proposé soit compatible avec la Convention des Nations Unies sur la cession, de clarifier un certain nombre de questions et de préciser notamment que la "règle sur l'agence" énoncée dans le paragraphe 1 de l'article 18 du règlement proposé ne s'appliquerait pas aux situations visées dans le paragraphe 3 de l'article 13 du règlement.

246. À cet égard, on a objecté que, si le secrétariat pouvait certes formuler des commentaires, il n'appartenait pas à la Commission de faire des propositions concernant un projet de règlement de l'Union européenne à un stade aussi précoce de son élaboration. À cela il a été répondu que, loin de vouloir s'immiscer dans le processus législatif de l'Union européenne, la Commission avait le souhait légitime non seulement de veiller à une large ratification d'un texte émanant de ses travaux, mais aussi et surtout d'éviter une situation où, en raison d'incohérences entre les deux textes et de l'absence d'harmonisation et de certitude en ce qui concerne la loi applicable aux opérations de financement importantes, l'ensemble de ses travaux dans ce domaine serait compromis, ce qui pourrait perturber les marchés financiers

internationaux et avoir un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût du crédit. On a aussi fait observer que, dans le cadre des travaux de la Commission, de nombreux États avaient accepté de modifier leurs lois pour tirer parti de l'harmonisation et de l'unification du droit commercial international. À cela on a ajouté que le moment choisi par la Commission pour examiner la question était tout à fait opportun car le règlement proposé en était encore au stade de projet et que les commentaires éventuels pouvaient encore être pris en considération. Pour les raisons mentionnées ci-dessus, la coordination était généralement jugée appropriée et utile.

247. Les délégations du Canada et des États-Unis ont fait savoir que leurs pays respectifs prenaient conjointement des mesures pour appliquer et ratifier la Convention des Nations Unies sur la cession. Ce faisant, ces États examinaient les différences entre la Convention et leurs lois, ainsi que les modifications qu'ils devaient apporter à ces dernières (en particulier en ce qui concerne la définition du "lieu de situation") pour tirer parti des règles uniformes de la Convention. Il a aussi été dit que, dans un souci de coordination, ils se réjouissaient de pouvoir examiner ces questions avec d'autres États.

248. La Commission a prié le secrétariat de poursuivre son étroite coopération avec la Commission européenne pour assurer la cohérence entre le règlement "Rome I" proposé et la Convention des Nations Unies sur la cession.

5. Projet de l'Organisation des États américains sur les registres de sûretés

249. La Commission a pris note avec intérêt d'un nouveau projet de l'OEA visant l'élaboration de règles et de règlements sur l'inscription d'avis dans des registres de sûretés, qui pourraient s'appliquer aux registres nationaux, sous-régionaux ou régionaux pouvant être utilisés par plusieurs États. Il a été indiqué que les experts intéressés pouvaient, à l'invitation du secrétariat de l'OEA, participer à un forum de discussion sur Internet où la question était examinée. La Commission a prié le secrétariat de suivre ce projet de l'OEA pour lui faire rapport en temps utile.

6. Travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le financement garanti par la propriété intellectuelle

250. Rappelant son débat sur les travaux futurs dans le domaine du financement garanti par la propriété intellectuelle (voir par. 81 à 84 et 86 ci-dessus), la Commission a pris note avec satisfaction de la coopération entre son secrétariat et celui de l'OMPI sur la question.

7. Manuel de la Banque mondiale sur le financement garanti

251. La Commission a noté que le département de la Banque mondiale chargé d'évaluer le climat de l'investissement projetait d'élaborer un manuel sur les opérations garanties. Elle a prié le secrétariat de suivre l'avancement des travaux sur le sujet et de lui faire rapport en temps utile en vue d'éviter les doubles emplois, chevauchements et conflits entre ce texte et le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties que la Commission préparait actuellement.

C. Rapports d'autres organisations internationales

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

252. La Commission a entendu une déclaration au nom d'Unidroit, rendant compte de l'avancement d'un certain nombre de projets, notamment:

a) L'entrée en vigueur, le 1er mars 2006, du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention du Cap (Le Cap, 2001)[44] et la mise en service de la fonction de registre prévue par cette convention, sous la supervision de l'Organisation de l'aviation civile internationale;

b) L'adoption attendue, au début de 2007, du deuxième protocole à la Convention du Cap portant sur le financement du matériel roulant ferroviaire; la poursuite de la négociation d'un troisième protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux; et les travaux en cours relatifs à un éventuel quatrième protocole sur le matériel agricole, de construction et d'extraction minière;

c) L'examen en cours d'une troisième version, dont l'achèvement et l'adoption étaient prévus pour 2010, des Principes relatifs aux contrats du commerce international;

d) La tenue, prévue en 2006, d'une autre réunion d'experts sur le projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (voir par. 236 ci-dessus); et l'adoption éventuelle de ce projet ou, selon l'avancement des travaux, la tenue d'une nouvelle série de consultations, en 2007;

e) La présentation prochaine pour adoption d'un droit uniforme des contrats pour les États parties au Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires[45]; et

f) L'adoption également annoncée d'une loi type sur le leasing (voir par. 239 ci-dessus).

253. La Commission a été informée que la Lituanie était devenue le 61e membre d'Unidroit.

2. CISG Advisory Council

254. La Commission a entendu un exposé du CISG Advisory Council, initiative internationale privée visant à promouvoir une interprétation uniforme de la Convention des Nations Unies sur les ventes conformément à son article 7. Elle a été informée que le CISG Advisory Council donnait des avis consultatifs soit sur demande soit de sa propre initiative; cinq avis consultatifs avaient déjà été émis et plusieurs autres étaient en préparation.

---

[44] Disponible à la date d'élaboration du présent rapport à l'adresse http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf.

[45] Disponible à la date d'élaboration du présent rapport à l'adresse http://www.ohada.com/traite.php?categorie=10.

3. Banque des États de l'Afrique centrale

255. La Commission a été informée que la Banque des États de l'Afrique centrale était une banque centrale sous-régionale relevant de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) qui regroupait six États membres. Il a été noté que ces États étaient également membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). La Commission a noté que l'OHADA et la CEMAC s'attachaient à la modernisation des lois commerciales (notamment sur l'insolvabilité, les sûretés ou les moyens de paiement) et avaient vocation, ainsi que les autres organisations d'intégration juridique régionales, à coopérer avec la CNUDCI.

XIV. Congrès en 2007

256. La Commission a rappelé qu'à sa trente-huitième session, en 2005, elle avait approuvé le projet d'organiser, dans le cadre de sa quarantième session annuelle à Vienne, en 2007, un congrès semblable à son Congrès sur le droit commercial uniforme au XXIe siècle (New York, 18-22 mai 1992)[46]. Elle avait prévu qu'à ce congrès les résultats de son programme de travail passé, ainsi que les travaux apparentés d'autres organisations actives dans le domaine du droit commercial international, seraient examinés, les programmes de travail en cours évalués, et les thèmes des programmes de travail futurs étudiés et évalués[47].

257. À sa trente-neuvième session, la Commission a été saisie d'une proposition du secrétariat présentant les grandes lignes du programme du congrès contenue dans un document de séance publié sous la cote A/CN.9/XXXIX/CRP.2. Il était entendu que les participants au congrès ne formuleraient aucune conclusion ou recommandation collective mais que la Commission pourrait s'inspirer des vues qu'ils exprimeraient à cette occasion, si elle le jugeait approprié. Celle-ci a favorablement accueilli les suggestions du secrétariat et le principe même du congrès a été soutenu dans son ensemble. On s'est toutefois aussi inquiété de la durée proposée pour celui-ci (cinq jours), en particulier compte tenu de la durée totale de la quarantième session de la Commission (voir par. 272 ci-dessous). On s'est également inquiété de ce que certains thèmes proposés (par exemple, gouvernement d'entreprise; investissements étrangers; méthodes et arrangements institutionnels pour la réforme du droit commercial; et contribution du système judiciaire à un cadre stable pour les opérations commerciales: prévisibilité du droit et interprétation juridique) n'avaient pas de lien direct avec le programme de travail actuel de la Commission. Le secrétariat a été encouragé à envisager de limiter le nombre des sujets proposés et à se concentrer sur les questions ayant un rapport direct avec les activités de la Commission. Cette dernière a également encouragé les États membres à faire part au secrétariat de leurs vues sur le programme proposé, afin que celui-ci soit définitivement arrêté avant fin 2006.

---

[46] Pour les actes du Congrès, voir *Le droit commercial uniforme au XXIe siècle*: *Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, *New York*, *18-22 mai 1992*, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.14 (A/CN.9/SER.D/1).

[47] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 231.

258. La Commission, après avoir discuté de la durée du congrès compte tenu également de celle de sa prochaine session, a estimé que tout devrait être fait pour ramener la durée des débats formels sur les points de l'ordre du jour de cette session à deux semaines au maximum et que le congrès, qui débuterait une fois ces débats conclus, ne devrait pas dépasser quatre jours. (Pour les dates de la session de la Commission, y compris celles du congrès, voir par. 272 ci-dessous.)

XV. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

259. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions 60/20 et 60/21 de l'Assemblée générale, toutes deux datées du 23 novembre 2005, relatives respectivement à son rapport sur les travaux de sa trente-huitième session et à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

260. Il a été pris note en particulier du paragraphe 4 de la résolution 60/20, dans lequel l'Assemblée générale approuvait les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales s'occupant de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles et demandait à ces organisations de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission.

261. Se référant aux paragraphes 5 et 6 de cette même résolution, la Commission s'est félicitée des appels lancés par l'Assemblée générale pour que tous les intéressés appuient son programme d'assistance technique et que des contributions soient versées au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques (permettant de financer l'assistance technique législative) ainsi qu'au fonds d'affectation spéciale créé pour aider les pays en développement membres de la Commission à financer leurs frais de voyage pour participer aux sessions de cette dernière et à celles de ses groupes de travail.

XVI. Questions diverses

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

262. Il a été noté que l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de la Pace University à White Plains (New York) avait organisé le treizième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 7 au 13 avril 2006. Comme les précédentes années, ce concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au treizième Concours étaient fondées sur la Convention des Nations Unies sur les ventes, le règlement d'arbitrage de la Chicago International Dispute Resolution Association[48], la Loi type sur l'arbitrage et la Convention de New York. Avaient participé à ce concours 156 équipes représentant les facultés de droit de 49 pays. L'équipe ayant le mieux plaidé avait été celle de Queen Mary, University of London, suivie de celle de la Stetson University en Floride

[48] Disponible à la date d'élaboration du présent rapport à l'adresse http://www.cidra.org/rules.htm.

(États-Unis). Le quatorzième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis se tiendrait à Vienne du 30 mars au 5 avril 2007.

263. Un rapport sur l'histoire, l'expansion et les caractéristiques du concours a été présenté à la Commission. Des déclarations ont été faites qui soulignaient l'importance de ce concours car il permettait aux étudiants en droit de se familiariser avec les travaux de la Commission et ses textes de droit uniforme, en particulier dans les domaines du droit des contrats et de l'arbitrage. La Commission a noté l'impact positif que le concours avait sur les étudiants, les professeurs et les praticiens du monde entier. De l'avis général, le concours annuel, de par ses épreuves orales et écrites détaillées et la large participation internationale qu'il suscitait, était une excellente occasion de diffuser des informations sur la CNUDCI et ses textes juridiques, ainsi que d'enseigner le droit commercial international. Il a été proposé de diffuser plus largement des informations sur ce concours auprès des facultés de droit et des universités et de considérer celui-ci comme un élément important du programme d'assistance technique de la CNUDCI.

264. La Commission a remercié les organisateurs et les promoteurs du concours, notamment la Pace University, la Chambre de commerce autrichienne et la faculté de droit de l'Université de Vienne, pour avoir œuvré à sa réussite. Elle a exprimé l'espoir que l'audience internationale du concours et ses incidences bénéfiques continueraient de s'étendre. Elle a tout particulièrement remercié Eric E. Bergsten, ancien Secrétaire de la Commission, pour avoir développé et dirigé le concours depuis sa création en 1993-1994.

B. Réunion spéciale comprenant la cérémonie de signature de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

265. Il a été rendu compte à la Commission de la réunion spéciale tenue le 6 juillet 2006 au Siège de l'ONU à New York, qui comprenait la cérémonie de signature de la Convention sur les contrats électroniques. Le secrétariat avait organisé cette réunion pour promouvoir la participation à la Convention et diffuser des informations sur ses dispositions.

266. La Commission a remercié les Gouvernements de la Chine, de Singapour et de Sri Lanka pour avoir signé la Convention et les Gouvernements de la Colombie, de l'Espagne, des États-Unis, de la Fédération de Russie, de l'Iran (République islamique d'), du Mexique et du Paraguay pour le ferme soutien qu'ils ont exprimé en faveur de la Convention à l'occasion de cette réunion spéciale.

C. Stages

267. Un rapport oral a été présenté sur le programme de stages du secrétariat de la Commission. Si on s'est généralement félicité de ce programme, il a été fait observer que seule une faible proportion des stagiaires étaient originaires de pays en développement. Il a été proposé d'envisager la mise en place de moyens financiers pour permettre une plus large participation de jeunes juristes des pays en développement, éventuellement par l'intermédiaire d'un fonds d'affectation spéciale, qui pourrait être créé par l'Assemblée générale.

D. Bibliographie

268. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux (A/CN.9/602). Elle a été informée que cette bibliographie était régulièrement mise à jour sur son site Web. Elle a souligné qu'il importait que cette bibliographie soit aussi complète que possible et a donc prié les gouvernements, les établissements universitaires, les autres organismes concernés et les auteurs d'envoyer à son secrétariat un exemplaire de leurs publications pertinentes.

XVII. Date et lieu des réunions futures

A. Débat général sur la durée des sessions

269. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était convenue que: a) les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an; b) du temps supplémentaire pourrait être accordé, si nécessaire, à l'un des groupes de travail si un autre n'utilisait pas entièrement le sien, à condition de ne pas dépasser le nombre total de 12 semaines par an de services de conférence allouées actuellement à l'ensemble de ses six groupes de travail; et c) si une demande d'allongement du temps alloué présentée par un groupe de travail entraînait un tel dépassement, elle devrait l'examiner en priant ce groupe de travail de justifier la nécessité d'un tel changement[49].

270. Au vu de l'ampleur et de la complexité du projet dont le Groupe de travail III (Droit des transports) était saisi, la Commission a décidé de l'autoriser à tenir des sessions de deux semaines à l'automne 2006 et au printemps 2007 (voir par. 273 c) ci-dessous), en utilisant le temps normalement alloué au Groupe de travail IV (Commerce électronique), qui ne devrait pas se réunir avant sa quarantième session (voir par. 273 d) ci-dessous).

271. Compte tenu du nouveau projet que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) entreprendrait dans le domaine du droit de l'insolvabilité (voir par. 209 ci-dessus), la Commission est convenue qu'il tiendrait ses trente et unième et trente-deuxième sessions à l'automne 2006 et au printemps 2007 (voir par. 273 e) ci-dessous). En outre, elle a noté qu'il était prévu provisoirement d'organiser une session à l'automne 2007 (voir par. 274 d) ci-dessous), qui pourrait être utilisée pour le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) ou le Groupe de travail IV (Commerce électronique), en fonction de leurs besoins et sous réserve de la décision qu'elle prendrait à sa prochaine session en 2007. Elle a également noté que l'économie d'une semaine de services de conférence à l'automne 2007 permettrait au Groupe de travail III (Droit des transports) de tenir sa vingtième session pendant deux semaines (voir par. 274 c) ci-dessous).

---

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

B. Quarantième session de la Commission

272. La Commission a approuvé la tenue de sa quarantième session à Vienne, du 25 juin au 12 juillet 2007. Il a été convenu que le congrès (voir par. 256 à 258 ci-dessus) se tiendrait au cours de la dernière semaine de la session, du 9 au 12 juillet 2007.

C. Sessions des groupes de travail avant la quarantième session de la Commission

273. 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 dixième session à Vienne du 25 au 29 septembre 2006 et sa onzième session à New York du 21 au 25 mai 2007;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa quarante-cinquième session à Vienne du 11 au 15 septembre 2006 et sa quarante-sixième session à New York du 5 au 9 février 2007;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa dix-huitième session à Vienne du 6 au 17 novembre 2006 et sa dix-neuvième session à New York du 16 au 27 avril 2007;

d) Aucune session n'était envisagée pour le Groupe de travail IV (Commerce électronique);

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente et unième session à Vienne du 11 au 15 décembre 2006 et sa trente-deuxième session à New York du 14 au 18 mai 2007;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa onzième session à Vienne du 4 au 8 décembre 2006 et sa douzième session à New York du 12 au 16 février 2007.

D. Sessions des groupes de travail en 2007 après la quarantième session de la Commission

274. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour les sessions que ses groupes de travail tiendraient en 2007 après sa quarantième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à cette session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa douzième session à Vienne du 3 au 7 septembre 2007;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa quarante-septième session à Vienne du 10 au 14 septembre 2007;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa vingtième session à Vienne du 15 au 25 octobre 2007 (l'Office des Nations Unies à Vienne étant fermé le 26 octobre);

d) Il était prévu provisoirement qu'une session se tiendrait à Vienne, du 5 au 9 novembre 2007; cette session pourrait être la quarante-cinquième session du Groupe de travail IV (Commerce électronique) ou la trente-troisième session du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (voir par. 271 ci-dessus); et

e) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa treizième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2007.

ANNEXE I

Articles révisés de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

[L'annexe I est reproduite dans la troisième partie, chap. I, du présent *Annuaire*.]

ANNEXE II

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, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006 à sa trente-neuvième session

[L'annexe II est reproduite dans la troisième partie, chap. II, du présent *Annuaire*.]

ANNEXE III

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

[L'annexe III est reproduite dans la troisième partie, chap. V, du présent *Annuaire*.]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa cinquante-troisième session

(TD/B/53/8 (Vol. I))

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

À sa 997e séance plénière, le 10 octobre 2006, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-neuvième session (A/61/17).

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session (A/61/453)

Rapporteur: M. Mamadou Moustapha Loum (Sénégal)

I. Introduction

1. À sa 2e séance plénière, le 13 septembre 2006, l'Assemblée générale, sur la recommandation du Bureau, a décidé d'inscrire à l'ordre du jour de sa soixante et unième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial sur les travaux de sa trente-neuvième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 1re, 2e, 10e et 15e séances, les 10, 11 et 30 octobre 2006. On trouvera dans les comptes rendus analytiques correspondants l'exposé des vues exprimées par les représentants qui ont pris la parole durant l'examen de la question (A/C.6/61/SR.1, 2 et 15).

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

4. À la 1re séance, le 10 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial à sa trente-neuvième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de sa session.

II. Examen des propositions

A. Projet de résolution A/C.6/61/L.7

5. À la 15e séance, le 30 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial sur les travaux de sa trente-neuvième session" (A/C.6/61/L.7) au nom des pays suivants: Albanie, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Belize, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Éthiopie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Malte, Mexique, Mongolie, Norvège, Ouganda, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République démocratique du Congo, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Serbie, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turquie, Ukraine et Uruguay, auxquels s'est joint par la suite le Maroc.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17).

6. À sa 15e séance, le 30 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/61/L.7, tel que révisé oralement, sans l'avoir mis aux voix (voir par. 9, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/61/L.8

7. À la 15e séance, le 30 octobre, le représentant de la Malaisie a présenté un projet de résolution intitulé "Articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et 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, faite à New York le 10 juin 1958" (A/C.6/61/L.8).

8. À sa 15e séance, le 30 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/61/L.8, sans l'avoir mis aux voix (voir par. 9, projet de résolution II).

III. Recommandations de la Sixième Commission

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

> [Le texte des projets de résolutions n'est pas reproduit dans cette section. Ceux-ci ont été adoptés, avec des modifications de forme, en tant que résolutions 61/32 et 61/33 de l'Assemblée générale (voir la section D ci-après).]

D. Résolutions 61/32 et 61/33 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 2006

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur le rapport de la Sixième Commission (A/61/453)

61/32. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session

L'Assemblée générale,

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

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

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

Déclarant de nouveau craindre que les activités menées dans le domaine du droit commercial international par d'autres organes sans coordination avec la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et n'aillent à l'encontre de l'efficacité, de l'homogénéité et de la cohérence qui sont les objectifs de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial international,

Réaffirmant que la Commission, principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline afin d'éviter, en particulier, les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent des règles de commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de la modernisation et de l'harmonisation du droit commercial international, et que la Commission doit continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organisations internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international,

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

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17).

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté les articles révisés[2] de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[3] relatifs à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires, ainsi que la recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII[4] de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958[5];

3. *Félicite également* la Commission d'avoir approuvé la teneur des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, qui a été élaboré en vue de garantir le financement, et donc de favoriser un accès plus large au crédit à faible coût et d'accroître les échanges commerciaux aux échelons national et international;

4. *Se félicite* des progrès accomplis par la Commission dans la révision de sa Loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services[6], et dans l'élaboration d'un projet d'instrument sur le droit des transports, et fait sienne la décision prise par la Commission d'examiner de nouveaux thèmes dans les domaines de l'arbitrage et du droit de l'insolvabilité;

5. *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 la primauté du 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 la modernisation et de l'harmonisation du droit commercial international;

6. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance technique et de la coopération en matière de réforme du droit commercial international et de développement 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 technique et de coopération;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance technique et de coopération au Bélarus, au Bénin (pour le séminaire du Centre CNUCED/OMC du commerce international), en Colombie, en Égypte, en République de Corée, à Singapour, en Slovaquie et en Suisse (pour le colloque du Centre CNUCED/OMC du commerce international sur les accords commerciaux multilatéraux et les pays en développement), et d'avoir prêté assistance pour

---

[2] Ibid., chap. IV, par. 181, et annexe I.

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

[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), chap. IV, par. 181, et annexe II.

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

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

l'élaboration de textes législatifs dans le domaine du droit commercial international à la Chine, à l'ex-République yougoslave de Macédoine, à la Géorgie, à la Grèce, à la Malaisie, au Pérou, au Rwanda (dans le cadre du projet conjoint avec l'Institut de droit international), à la Serbie et à la Slovénie, ainsi qu'à l'Organisation des télécommunications du Commonwealth;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'entreprendre les activités d'assistance technique et de coopération, et demande aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et, le cas échéant, de financer des projets spéciaux et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance technique, en particulier dans les pays en développement;

d) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, étant donné l'utilité et l'importance des travaux et des programmes de la Commission pour la mise en œuvre du programme de l'Organisation des Nations Unies en matière de développement, notamment les objectifs du Millénaire pour le développement;

7. *Constate avec regret* que, depuis la trente-sixième session de la Commission, aucune contribution n'a été versée au fonds d'affectation spéciale créé pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général[7], souligne qu'il importe que des contributions soient versées à ce fonds afin que 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 dans ces pays en vue de favoriser le développement du commerce international et de promouvoir l'investissement étranger, et demande de nouveau aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires au fonds;

8. *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 et unième session, dans le cadre de la grande commission compétente, l'examen de la question de l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

9. *Rappelle* que c'est à la Commission et à ses groupes de travail intergouvernementaux qu'incombe la responsabilité des travaux de la Commission et souligne à cet égard que des informations devraient leur être communiquées

---

[7] Résolution 48/32, par. 5.

concernant les réunions d'experts, qui apportent une contribution essentielle aux travaux de la Commission;

10. *Rappelle* ses résolutions sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et ses partenaires non étatiques, en particulier le secteur privé[8], et, à cet égard, encourage la Commission à continuer d'étudier les diverses manières de mettre à profit les relations avec les entités non étatiques intéressées pour exécuter son mandat, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, selon les principes et les directives applicables et en coopération et coordination avec d'autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial;

11. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, eu égard aux résolutions qu'elle a adoptées sur la documentation[9] dans lesquelles elle insiste particulièrement sur le fait que l'abrègement des documents ne doit pas compromettre la qualité de leur présentation et de leur contenu, de prendre en considération la nature particulière du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il applique à la documentation de la Commission les règles tendant à en limiter le volume;

12. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission consacre à l'élaboration de textes normatifs;

13. *Rappelle* la résolution par laquelle elle a approuvé la publication de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, dans le but de faire connaître plus largement et de rendre plus aisément accessibles les travaux de la Commission[10], se déclare préoccupée par le fait que l'*Annuaire* ne paraît pas régulièrement, et demande au Secrétaire général d'étudier toutes les solutions propres à favoriser la publication de l'*Annuaire* en temps voulu;

14. *Souligne* l'importance pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission, et invite donc instamment les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer;

15. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, en particulier d'un recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[11] et d'un recueil analytique de jurisprudence concernant la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international[3] – le but étant de diffuser des informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'adoption et l'interprétation uniforme;

16. *Se félicite également* de la décision de la Commission de tenir à Vienne, dans le cadre de sa quarantième session en 2007, un congrès sur le droit commercial international pour examiner les résultats de ses travaux passés et des travaux

---

[8] Résolutions 55/215, 56/76, 58/129 et 60/215.

[9] Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

[10] Résolution 2502 (XXIV), par. 7.

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

connexes d'autres organisations s'occupant de droit commercial international, évaluer les programmes de travail actuels et rechercher les thèmes et les matières pouvant faire l'objet de travaux futurs, et reconnaît l'importance de ce congrès pour la coordination et la promotion des activités visant à moderniser et harmoniser le droit commercial international;

17. *Rappelle* ses résolutions dans lesquelles elle affirme qu'il importe que l'Organisation des Nations Unies ait des sites Web de grande qualité, d'usage facile et économiques, et qu'il faut veiller à leur développement, leur mise à jour et leur enrichissement en plusieurs langues[12], accueille avec satisfaction le site Web de la Commission restructuré dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et se félicite des efforts que continue de déployer la Commission pour le tenir à jour et l'améliorer conformément aux directives en vigueur.

64e séance plénière
4 décembre 2006

---

[12] Résolutions 52/214, sect. C, par. 3, 55/222, sect. III, par. 12, 56/64 B, sect. X, 57/130 B, sect. X, 58/101 B, sect. V, par. 61 à 76, 59/126 B, sect. V, par. 76 à 95, et 60/109 B, sect. IV, par. 66 à 80.

61/33. Articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et 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, faite à New York le 10 juin 1958

L'Assemblée générale,

Reconnaissant la valeur de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends survenant dans le cadre des relations commerciales internationales,

Rappelant sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985 concernant la Loi type sur l'arbitrage commercial international[13],

Reconnaissant qu'il faut que les dispositions de la Loi type relatives à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires correspondent aux pratiques actuelles du commerce international et aux méthodes modernes de conclusion des contrats,

Estimant que des articles révisés de la Loi type sur la forme de la convention d'arbitrage et les mesures provisoires correspondant à ces pratiques actuelles amélioreront de manière significative le fonctionnement de la Loi type,

Notant que l'élaboration d'articles révisés de la Loi type sur la forme de la convention d'arbitrage et les mesures provisoires a fait l'objet des délibérations voulues et de larges consultations avec les gouvernements et les milieux intéressés et contribuera sensiblement à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement efficace et équitable des différends commerciaux internationaux,

Estimant que, dans le cadre de la modernisation des articles de la Loi type, la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[14], est particulièrement opportune,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir formulé et adopté les articles révisés de sa Loi type sur l'arbitrage commercial international relatifs à la forme de la convention d'arbitrage et aux mesures provisoires, dont le texte est reproduit à l'annexe I du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session[15], et recommande à tous les États d'envisager d'adopter les articles révisés de la Loi type, ou la Loi type révisée sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, lorsqu'ils adopteront ou réviseront leurs lois, étant

---

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

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

[15] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17).

entendu qu'il est souhaitable d'uniformiser le droit de l'arbitrage et de tenir compte des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international;

2. *Remercie également* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir formulé et adopté la recommandation reproduite à l'annexe II du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session[15] concernant 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, faite à New York le 10 juin 1958[14];

3. *Prie* le Secrétaire général de ne ménager aucun effort pour que les articles révisés de la Loi type et la recommandation soient portés à la connaissance et mis à la disposition du plus grand nombre.

64e séance plénière
4 décembre 2006

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. SÛRETÉS

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 5-9 septembre 2005)

(A/CN.9/588) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1
II.	Organisation de la session	2-7
III.	Délibérations et décisions	8
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties	9-117
	Chapitre VIII. Défaillance et réalisation (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandations 88 à 124)	9-45
	Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandations 86 et 87)	46-48
	Chapitre X. Mécanismes de financement d'acquisitions (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.4, recommandations 125 à 135)	49-69
	Droits de propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 3 h), et A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 13, 14 et 21 dd))	70-74
	Produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 y), z), aa) et bb), A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 25, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandations 49 et 62, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandation 106, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recommandation 138)	75-83
	Chapitre XI. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recommandations 136 à 149)	84-110
	Chapitre IX. Insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3)	111-114
	Instruments négociables et documents négociables (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 w) et x), et A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 3 d) et 24)	115-117
V.	Travaux futurs	118

I. Introduction

1. À sa huitième session, le Groupe de travail VI a poursuivi ses travaux d'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001[1]. Cette dernière avait décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur l'offre de crédit et le coût du crédit[2].

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa huitième session à Vienne du 5 au 9 septembre 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Cameroun, Canada, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Ouganda, Pologne, République de Corée, République tchèque, Suède, Suisse, Thaïlande et Tunisie.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Grèce, Hongrie, Indonésie, Iraq, Irlande, Lettonie, Malaisie, Pérou, Philippines, République dominicaine, Roumanie, Sénégal et Slovaquie.

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

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

b) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association, Association européenne des étudiants en droit, Association of the Bar of the City of New York, Center for International Legal Studies, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Commercial Finance Association, Chambre de commerce internationale, Conférence de La Haye de droit international privé, Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage, Forum for International Arbitration, Groupe de travail international sur les sûretés en Europe, Institut Max Planck de droit privé étranger et

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358. Pour l'historique du projet, voir A/CN.9/WG.VI/WP.22. Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses première à septième sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543 et A/CN.9/549, A/CN.9/570 et A/CN.9/574. Les rapports sur les première et deuxième sessions conjointes des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. Il est rendu compte de l'examen de ces rapports par la Commission dans les documents A/57/17 (par. 202 à 204), A/58/17 (par. 217 à 222), A/59/17 (par. 75 à 78) et A/60/17 (par. 185 à 187).

[2] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 455, et *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 347.

international, International Federation of Insolvency Practitioners, International Insolvency Institute et International Swaps and Derivates Association.

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteur: M. Madhukar Rangnath UMARJI (Inde).

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5 (Recommandations), A/CN.9/WG.VI/WP.22 (Remarques générales) et A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 (Introduction et principaux objectifs).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a examiné les recommandations figurant dans les chapitres VII (Droits et obligations des parties avant défaillance), VIII (Défaillance et réalisation), IX (Insolvabilité), X (Mécanismes de financement d'acquisitions) et XI (Conflit de lois). Il a également examiné la terminologie et les recommandations concernant: i) les instruments négociables et les documents négociables (définitions w) et x) et recommandations 3 d) et 24); ii) le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (définitions y), z), aa) et bb) et recommandations 25, 49, 62, 106 et 138); et iii) les droits de propriété intellectuelle (définition dd) et recommandation 3 h)). Il est rendu compte au chapitre IV ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié de revoir ces chapitres, ainsi que ces définitions et recommandations concernant les différents types de biens en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

IV. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties

Chapitre VIII. Défaillance et réalisation (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandations 88 à 124)

Objet

9. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la section relative à l'objet quant au fond.

Recommandation 88 (champ d'application)

10. Des points de vue divergents ont été exprimés sur le point de savoir si la recommandation 88 devait être conservée. Selon une opinion, la règle énoncée dans cette recommandation était superflue et déroutante, car le projet de guide s'appliquerait dans tous les cas aux sûretés et seulement par exception à d'autres mécanismes. Selon un autre avis, la recommandation 88 était utile car elle faisait, entre les situations où le constituant n'était pas responsable d'une défaillance et celles où il était responsable, une distinction qui, si elle n'était pas établie clairement dans cette recommandation, devrait l'être dans plusieurs autres recommandations de ce chapitre. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question une fois qu'il aurait achevé l'examen du chapitre sur la défaillance et la réalisation.

Recommandation 89 (règle générale de conduite)

11. Le Groupe de travail a approuvé sans changement la recommandation 89 quant au fond et a décidé d'examiner son application aux autres chapitres du projet de guide au cours des discussions dont chacun d'entre eux ferait l'objet.

Recommandations 90 et 91 (autonomie des parties)

12. Il a été convenu d'ajouter les mots "à aucun moment" à la fin de la première phrase de la recommandation 90. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 90 quant au fond.

13. Bien que la recommandation 91 ait été largement appuyée quant au fond, des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si cette recommandation devrait également indiquer qu'un acte de disposition suivant une méthode prévue dans la convention constitutive de sûreté était commercialement raisonnable à moins que la partie contestant cet acte n'établisse qu'il était manifestement déraisonnable. Selon un point de vue, une telle indication serait utile car, le fait de renvoyer à la convention des parties apporterait une certitude *ex ante* (c'est-à-dire avant la conclusion d'une convention), s'agissant en particulier de méthodes de disposition dont le caractère raisonnable pouvait être mis en doute, du moins pour un tribunal saisi de la question une fois qu'un litige était né. Selon un autre point de vue, une telle indication serait nuisible car elle modifierait non seulement la charge de la preuve mais aussi la règle générale de conduite établie dans la recommandation 89, et elle serait difficile à appliquer. À l'issue du débat, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 91 quant au fond.

Recommandations 92 (droits et voies de droit après défaillance), 93 (voies de droit du créancier garanti) et 94 (voies de droit du constituant)

14. Il a été convenu d'ajouter, au début des recommandations 92 à 94, une formule du type: "Comme il est disposé de façon plus précise dans les recommandations suivantes du présent chapitre". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 92 à 94 quant au fond.

Recommandation 95 (choix des voies de droit)

15. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait énumérer dans le commentaire les situations auxquelles la recommandation 95 était censée s'appliquer (notamment

l'exercice simultané de voies de droit, par exemple contre le constituant et contre un garant). Sous réserve que cette précision soit apportée dans le commentaire, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 95 quant au fond.

Recommandation 96 (autres voies de droit)

16. Il a été convenu que la recommandation 96 devait s'appliquer aussi à la situation inverse (c'est-à-dire lorsqu'une voie de droit avait été exercée d'abord en ce qui concerne l'obligation garantie). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 96 quant au fond.

Recommandation 97 (libération des biens grevés après complet paiement)

17. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 97 quant au fond.

Recommandation 98 (réalisation judiciaire et extrajudiciaire)

18. Il a été convenu que la modification approuvée en ce qui concerne les recommandations 92 à 94 (voir par. 14 ci-dessus) devrait également être apportée à la recommandation 98. Il a été en outre convenu que cette recommandation devrait également prévoir la possibilité de recourir à une méthode mixte de réalisation (c'est-à-dire en partie judiciaire et en partie extrajudiciaire). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 98 quant au fond.

Recommandation 99 (notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire)

19. Des avis divergents ont été exprimés à propos du maintien ou non de la recommandation 99. Selon un point de vue, cette recommandation devait être supprimée. On a fait valoir qu'une notification préalable générale de la réalisation extrajudiciaire entraînerait des frais, des lenteurs, des erreurs et des litiges inutiles dans le cas d'un constituant de bonne foi, car ce dernier aurait connaissance de ses obligations et s'en acquitterait même en l'absence d'une telle notification. Il a en outre été fait observer que, dans le cas d'un constituant de mauvaise foi, cette notification générale pourrait avoir involontairement pour effet d'empêcher le créancier garanti de réaliser sa sûreté, car le constituant pouvait dissimuler les biens grevés ou les mettre hors de portée du créancier. Selon un autre point de vue, la recommandation 99 devait être conservée, principalement du fait qu'elle n'entraînerait pas de frais, de lenteurs, d'erreurs ou de litiges inutiles. Il a également été indiqué que la notification de la réalisation avant que le créancier garanti ne prenne possession des biens grevés serait essentielle en particulier pour les pays où la réalisation extrajudiciaire n'était pas connue. Il a été ajouté que la recommandation 99 ne recommandait pas de mesure particulière mais soulevait plutôt un point devant être considéré par le législateur. De plus, l'alinéa f) de cette recommandation prévoyait une exception dans les situations où la notification préalable serait inutile ou risquait d'être préjudiciable. Après discussion, il a été convenu de conserver la recommandation entre crochets.

20. Le Groupe de travail a examiné ensuite si la recommandation 99 devait être fusionnée avec la recommandation 111 sur la notification préalable concernant la

disposition extrajudiciaire des biens grevés. Selon un avis, ces recommandations se recoupaient dans une large mesure et devaient donc être fusionnées. Selon un autre point de vue, il y avait certes quelques recoupements, mais aussi des différences importantes. Il a été dit que, contrairement à la recommandation 111, la recommandation 99 traitait de la notification avant la prise de possession des biens grevés ainsi que de toutes les méthodes de réalisation. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de ne pas fusionner les deux recommandations.

Recommandation 100 (objections à la réalisation extrajudiciaire)

21. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 100 quant au fond.

Recommandation 101 (dépossession du débiteur)

22. Il a été convenu de préciser dans la recommandation 101 que celle-ci se référait à la possession effective de biens meubles corporels. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 101 quant au fond.

Recommandations 102 et 103 (recouvrement de créances de sommes d'argent)

23. Il a été convenu que la recommandation 102 devrait indiquer clairement que le créancier garanti avait le droit non seulement de donner pour instruction au débiteur en compte de le payer, mais également de demander et d'obtenir paiement directement auprès de ce débiteur. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 102 quant au fond.

24. Il a été convenu que la question de savoir s'il fallait mentionner dans la recommandation 103 non pas les garanties en général mais uniquement les garanties accessoires devrait être examinée une fois que le Groupe de travail aurait eu la possibilité d'étudier les recommandations sur les sûretés grevant le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. Sous réserve de l'examen ultérieur de cette question, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 103 quant au fond.

Recommandations 104 et 105 (instruments négociables)

25. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 104 quant au fond. Il a également approuvé la recommandation 105 quant au fond, sous la même réserve que pour la recommandation 103 (voir par. 24 ci-dessus).

Recommandation 106 (produit du tirage d'engagements de garantie indépendants)

26. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner la recommandation 106 avant d'avoir eu la possibilité d'étudier en même temps toutes les recommandations relatives aux sûretés grevant le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants (voir par. 83 ci-dessous).

Recommandations 107 et 108 (comptes bancaires)

27. Il a été convenu de supprimer la deuxième phrase de la recommandation 107. Il a été dit que le fait d'obliger le créancier garanti à engager une procédure judiciaire pour réaliser une sûreté sur un compte bancaire lorsque le constituant était un consommateur et que la sûreté avait été créée à des fins de consommation pouvait être contraire à la loi applicable à la compensation, aux créances de sommes d'argent et même à la protection des consommateurs. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 107 quant au fond.

28. Il a été convenu de préciser dans la recommandation 108 qu'une décision judiciaire serait nécessaire pour réaliser une sûreté sur un compte bancaire à moins que la banque dépositaire ne consente à la réalisation sans une telle décision. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 108 quant au fond.

Recommandation 109 (documents négociables)

29. Il a été convenu que la recommandation 109 devrait se référer aux droits d'un porteur d'un document négociable contre l'émetteur ou tout autre obligé. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 109 quant au fond.

Recommandation 110 (disposition des biens grevés)

30. Sous réserve des modifications apportées aux recommandations 92 à 94 et 98 (voir par. 14 et 18 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 110 quant au fond.

Recommandations 111 et 112 (notification préalable concernant la disposition extrajudiciaire des biens grevés)

31. Le Groupe de travail a examiné une proposition d'insérer dans la recommandation 111 un texte semblable à l'alinéa d) de la recommandation 99 (inscription de la notification) dans un souci de cohérence. Cette proposition a suscité des objections. Il a été argué que l'inscription de la notification envisagée dans la recommandation 99 était moins une recommandation à proprement parler qu'une suggestion à examiner. Il a été ajouté que cette suggestion était inopportune dans la recommandation 111, car elle entraînerait inutilement des risques de frais, de lenteurs, d'erreurs et de litiges et qu'elle devait être supprimée y compris de la recommandation 99. On a aussi fait observer que, contrairement à la recommandation 99, qui était libellée en termes généraux, la recommandation 111 pourrait être reformulée en termes plus précis. D'un point de vue formel, il a été proposé de scinder la recommandation 111 en paragraphes distincts. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 111 quant au fond.

32. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 112 quant au fond.

Recommandations 113 à 115 (attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie)

33. Il a été convenu de clarifier la relation entre les recommandations 113, 114 et 115. Il a également été convenu que l'inscription au registre des sûretés de la notification concernant la proposition du créancier garanti de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie n'était pas nécessaire, car le constituant et les autres personnes intéressées pourraient protéger leurs droits en s'opposant simplement à cette proposition du créancier.

34. Un certain nombre de propositions ont été faites. Selon une proposition, la notification concernant la proposition du créancier garanti de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie devrait indiquer le montant dû et le montant à payer. Il a été dit qu'une telle indication fournirait au constituant et aux tiers avisés les informations dont ils avaient besoin pour décider d'accepter cette proposition ou de s'y opposer. Il a été convenu que le commentaire pourrait préciser qu'une estimation de bonne foi du montant dû serait suffisante. Bien que certaines réserves aient été exprimées quant à la nécessité d'une telle indication dans la notification au motif que, faute d'informations suffisantes, le constituant ou un tiers avisé pourrait faire objection et priver ainsi le créancier garanti de cette voie de droit, cette proposition a recueilli un appui suffisant au sein du Groupe de travail.

35. Selon une autre proposition, en cas d'exécution partielle de l'obligation garantie, il faudrait exiger le consentement effectif du constituant et pas seulement l'absence d'objection de sa part dans un bref délai à compter de la notification. Il a été dit que le consentement effectif du constituant serait peut-être plus indiqué pour protéger celui-ci du risque d'erreur ou de mauvaise interprétation de la notification. Cette proposition n'a pas recueilli un appui suffisant. On a estimé qu'il n'y avait pas de raison d'exiger le consentement effectif du constituant et que, si une telle exigence était ajoutée, elle devrait s'appliquer à la fois au constituant et aux tiers avisés.

36. Une autre proposition encore était que la dernière phrase de la recommandation 115, prévoyant l'examen par un tribunal ou par une autre autorité du caractère raisonnable des objections du constituant et des tiers avisés, soit supprimée. Il a été dit que l'attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie était une mesure volontaire extrajudiciaire qu'il ne faudrait pas alourdir inutilement par les lenteurs et les coûts inhérents à une procédure devant un tribunal ou une autre autorité. En outre, on a fait observer que la détermination du caractère raisonnable d'une objection était une question pratique relevant des parties et non une question juridique à régler devant un tribunal. Bien qu'elle ait suscité certaines objections, principalement au motif que le recours aux tribunaux devrait toujours être possible et le serait de toute façon dans certains pays, cette proposition a recueilli un appui suffisant au sein du Groupe de travail.

37. Selon une autre proposition, il faudrait au moins donner au créancier garanti le droit de se faire attribuer les biens grevés à un prix du marché fixe, même si le constituant ou un tiers avisé s'y opposait. On a dit qu'une telle approche ne porterait pas atteinte aux droits du constituant ou des tiers avisés, étant donné que le créancier garanti paierait de toute façon le prix du marché. Il a été fait objection à

cette proposition. On a fait observer qu'une telle disposition était inutile car, s'il existait un prix du marché fixe (qu'il faudrait soigneusement définir), les parties intéressées accepteraient en principe la proposition du créancier garanti. On a aussi fait observer que, si les parties intéressées faisaient objection à la proposition, le créancier garanti pourrait toujours vendre les biens grevés au prix du marché.

38. Enfin, il a été proposé de supprimer les derniers mots de la première phrase de la recommandation 115 ("mais ... disposition"). Il a été dit que, si la proposition du créancier garanti de prendre les biens grevés en paiement de l'obligation garantie était jugée contestable par le constituant ou un tiers avisé, toutes les autres voies de droit devraient rester ouvertes au créancier garanti comme si la proposition n'avait jamais été faite. Cette proposition a recueilli un appui suffisant.

39. Après débat, le Groupe de travail a approuvé, sous réserve des modifications susmentionnées, les recommandations 113 à 115 quant au fond.

Recommandations 116 à 119 (produit de la réalisation excédentaire ou insuffisant)

40. En ce qui concerne la recommandation 116, il a été convenu que le produit net (c'est-à-dire après déduction des frais de réalisation) devrait être affecté à l'exécution de l'obligation garantie. En ce qui concerne les recommandations 117 et 118, il a été convenu de les réviser afin de veiller à ce que le rang de priorité attribué aux divers réclamants concurrents en vertu des règles de priorité du droit des opérations garanties ne soit pas modifié par l'application des règles de procédure. En ce qui concerne la recommandation 119, il a été convenu qu'elle devrait être révisée pour faire en sorte qu'un constituant non débiteur ne soit pas tenu de régler le solde dû au cas où le produit de la réalisation serait insuffisant. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 116 à 119 quant au fond.

Recommandation 120 (droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation)

41. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 120 quant au fond. On a émis l'opinion que la prépondérance des créanciers garantis de rang supérieur était un principe général qui ne s'appliquait pas uniquement à la réalisation et devrait être inclus dans les dispositions générales du projet de guide. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner ce point de vue avant d'avoir eu la possibilité d'étudier ces dispositions.

Recommandation 121 (propriété ou autre droit acquis par disposition non judiciaire)

42. Il a été convenu de préciser, dans le commentaire, que la recommandation 121 faisait référence à la "propriété ou autre droit" puisque, dans la recommandation 110, le créancier garanti avait la possibilité "de vendre, de louer ou de mettre sous licence des biens grevés ou encore d'en disposer d'une autre manière" et que les biens grevés eux-mêmes pouvaient être un droit partiel, par exemple le droit d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence. Il a également été convenu d'indiquer clairement dans le commentaire que le critère de bonne foi mentionné dans la recommandation 121 était censé s'appliquer aux situations dans

lesquelles l'acte de disposition n'était pas conforme à la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 89, de manière à protéger l'acheteur qui n'avait pas connaissance de ce fait. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a approuvé, sans modification, la recommandation 121 quant au fond.

Recommandation 122 (propriété ou autre droit acquis par disposition judiciaire)

43. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 122 quant au fond.

Recommandation 123 (chevauchement entre le droit des sûretés mobilières et le droit des sûretés immobilières)

44. Il a été convenu de modifier l'alinéa b) pour y indiquer que, si des biens meubles et des biens immeubles faisaient l'objet du même acte de disposition, il pouvait être disposé des biens meubles conformément au droit des sûretés mobilières ou au droit des sûretés immobilières. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 123 quant au fond.

Recommandation 124 (coordination avec d'autres lois)

45. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 124 quant au fond.

Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandations 86 et 87)

Objet

46. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la section relative à l'objet quant au fond.

Recommandation 86 (autonomie des parties)

47. Il a été convenu que la variante B de la recommandation 86 était préférable et qu'elle devrait figurer dans les dispositions générales du projet de guide car le principe de l'autonomie des parties s'appliquait à l'ensemble de ce dernier. Compte tenu de l'importance que revêtait ce principe pour les relations entre les parties, il a également été convenu que celui-ci devrait être suffisamment expliqué dans le commentaire du chapitre VII. Il a en outre été convenu, afin de ne pas affaiblir le principe de l'autonomie des parties, que toute exception à ce principe devrait être clairement indiquée, limitée et destinée à protéger le constituant. Par ailleurs, malgré quelques doutes exprimés initialement, il a été convenu que les droits des tiers en tant que limite de l'autonomie des parties étaient traités de manière appropriée. Il a également été convenu de coordonner le principe général de l'autonomie des parties avec ses applications particulières dans les différents chapitres du projet de guide (par exemple, recommandations 90 et 91). À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé la variante B de la recommandation 86 quant au fond et a décidé que la variante A devrait être supprimée.

Recommandation 87 (règles supplétives)

48. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 87 quant au fond.

Chapitre X. Mécanismes de financement d'acquisitions (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.4, recommandations 125 à 135)

Objet

49. Le Groupe de travail a approuvé sans modification l'alinéa a) de la section relative à l'objet quant au fond. Pour ce qui est de l'alinéa b), il a été convenu de revenir sur les variantes proposées dans ce dernier après avoir examiné toutes les recommandations sur les mécanismes de financement d'acquisitions.

Recommandation 125 (équivalence entre les mécanismes de financement d'acquisitions et les sûretés réelles mobilières)

50. Il a été convenu de n'examiner les variantes proposées dans la recommandation 125 pour l'approche non unitaire qu'après avoir étudié toutes les recommandations concernant les mécanismes de financement d'acquisitions.

Recommandation 126 (constitution de sûretés en garantie du paiement d'acquisitions)

51. Le Groupe de travail dans son ensemble s'est dit favorable sur le fond à la recommandation 126, qui se fondait sur une approche unitaire. Il a été convenu qu'une recommandation parallèle devrait être élaborée pour les États qui souhaitaient suivre une approche non unitaire. De l'avis général, conformément à la décision du Groupe de travail à sa septième session d'accorder le même traitement à tous les fournisseurs de financement d'acquisitions (voir A/CN.9/574, par. 35), cette recommandation devrait prévoir les mêmes exigences et les mêmes résultats pour tous les aspects des mécanismes de financement d'acquisitions. Il a aussi été généralement estimé que, pour que cette recommandation soit facilement comprise et appliquée dans les États où la réserve de propriété et des mécanismes similaires étaient les principaux équivalents fonctionnels des sûretés, la recommandation devrait employer une terminologie et des concepts familiers à ces systèmes. À cet égard, il a été indiqué, dans le cas de la réserve de propriété, que le vendeur et l'acheteur pouvaient tous deux avoir des droits de propriété, qu'aucun n'octroyait de droit à l'autre, et que l'intention d'être lié pouvait être exprimée dans les conditions générales du vendeur ou de l'acheteur. Dans le même ordre d'idées, on a fait observer que, si les conditions de forme d'une vente avec clause de réserve de propriété n'étaient pas satisfaites, le vendeur resterait propriétaire. Il a par ailleurs été convenu de ne conserver la recommandation 126 que si elle différait de la recommandation générale sur les conditions de forme (à savoir la recommandation 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.21, qui n'avait pas encore été examinée).

Recommandation 127 (opposabilité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions)

52. Le Groupe de travail dans son ensemble a approuvé sur le fond la recommandation 127, qui se fondait sur une approche unitaire. Il a également été convenu qu'une recommandation parallèle suivant une approche non unitaire devrait être élaborée. Des avis divergents ont été exprimés quant à savoir si la même règle devrait s'appliquer dans les deux cas. Selon un point de vue, dans le cas d'une approche non unitaire, l'inscription ne devrait pas être exigée ou alors un délai de grâce plus long devrait être accordé pour tenir compte des clauses de réserve de propriété et de mécanismes similaires. Il a été indiqué que l'inscription pourrait entraîner un surcroît de frais et de formalités administratives et, de ce fait, compromettre l'efficacité d'opérations importantes assorties de clauses de réserve de propriété. Selon l'avis contraire, qui l'a emporté, tous les mécanismes remplissant une fonction de sûreté devraient être soumis à inscription. On a fait valoir que le fait de ne pas accorder le même traitement à tous les fournisseurs de financement d'acquisitions aurait un effet négatif sur l'offre et le coût du crédit. On a ajouté que l'efficacité d'un système d'inscription serait sérieusement compromise si toutes les opérations remplissant une fonction de sûreté n'étaient pas soumises à enregistrement. En outre, a-t-on dit, l'inscription augmentait la transparence, décourageait les sûretés occultes et favorisait la sécurité juridique dans le financement garanti.

53. Sur un plan formel, il a été convenu de remanier la deuxième phrase de la recommandation 127 de sorte que les droits inscrits soient opposables non seulement aux tiers dont les droits naissaient entre le moment de la constitution de la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions et le moment de son inscription, mais également aux tiers dont les droits étaient inscrits par la suite.

54. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail, rappelant la décision qu'il avait prise à sa septième session (voir A/CN.9/574, par. 46), est convenu que, quelle que soit l'approche (unitaire ou non) suivie par l'État, tous les mécanismes de financement d'acquisitions devraient être soumis à inscription et le délai de grâce devrait être aussi bref que possible.

Recommandation 128 (exceptions au principe de l'inscription)

55. Il a été convenu que les opérations de financement de biens de consommation ne devraient pas être soumises à inscription, que ces biens aient ou non une valeur de revente. Il a également été convenu que cette exception était sans incidence sur l'inscription dans des registres spécialisés ou dans des systèmes de titres de propriété. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 128 quant au fond.

Recommandation 129 (priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur d'autres types de sûretés inscrites antérieurement grevant des biens meubles corporels futurs autres que des stocks)

56. Le Groupe de travail est généralement convenu que la recommandation 129 était suffisante aux fins d'une approche unitaire. Pour ce qui est de la rédaction, il a été convenu, afin d'éviter toute confusion avec une sûreté inscrite avant sa création, d'utiliser dans le texte anglais l'expression "security rights registered earlier" de

préférence à l'expression "pre-registered security rights". Bien que l'on ait exprimé des doutes sur le point de savoir si l'alinéa i) serait indiqué dans une recommandation traduisant l'approche non unitaire, beaucoup ont estimé qu'une partie finançant le prix d'achat par un prêt et un vendeur réservataire bénéficieraient d'une superpriorité (c'est-à-dire d'une priorité même sur une sûreté inscrite antérieurement) s'ils restaient en possession effective des biens, faisaient inscrire un avis dans le registre des sûretés dans un certain délai à compter de la remise effective des biens au constituant ou à l'acheteur, ou de la création de la sûreté si aucune inscription n'était requise comme le prévoyait la recommandation 128 (à condition que soient respectées les exigences d'autres systèmes d'inscription applicables, par exemple pour les véhicules). Sous réserve de la modification susmentionnée, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 129 traduisant une approche unitaire et a prié le secrétariat d'établir une recommandation parallèle correspondant à une approche non unitaire.

Recommandations 130 et 131 (priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur d'autres types de sûretés inscrites antérieurement grevant des stocks futurs)

57. Il a été convenu que la modification apportée à la recommandation 129 (concernant l'expression "pre-registration" dans la version anglaise) devrait aussi être apportée dans la recommandation 130 (voir par. 56 ci-dessus). À l'issue d'un débat, il a été également convenu qu'il n'était pas nécessaire que le rang de priorité de la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions soit mentionné dans l'avis. Il a été dit que l'avis devrait être facile à rédiger pour les parties commerciales et qu'en tout état de cause, les parties finançant des acquisitions n'étaient pas par principe tenues de donner aux parties inscrites finançant les stocks des avis juridiques sur le rang de priorité de sûretés garantissant le paiement de ces acquisitions. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 130 fondée sur une approche unitaire.

58. Il a également été convenu qu'une recommandation parallèle devrait être élaborée à l'intention des États désireux de suivre une approche non unitaire. Il a été dit qu'une telle recommandation ne devrait pas traiter de la priorité mais plutôt de la question de savoir si le vendeur réservataire pouvait faire valoir ses droits de propriété contre des tiers (il a été précisé que cela valait également pour la recommandation 129).

59. À cet égard, il a été suggéré, afin d'éviter de soumettre les opérations assorties d'une clause de réserve de propriété à des retards, des frais et des formalités inutiles, de ne pas exiger leur inscription ou, tout au moins, de prévoir un délai de grâce suffisamment long (trois à six mois) pour leur inscription et de ne pas traiter de façon différente les stocks et les autres biens meubles corporels. Il a été dit que l'inscription pourrait compromettre certaines opérations assorties d'une clause de réserve de propriété qui étaient fondées sur des principes communs à un certain nombre de pays européens et se conformaient à la législation de l'Union européenne. Il a été fait objection à cette suggestion pour les mêmes raisons que celles exposées lors de l'examen de cette question à la septième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/574, par. 55 et 56). On a fait observer que le Groupe devait tenir compte des intérêts de tous les États et pas seulement de ceux d'une région en particulier. On a aussi souligné que la législation et la pratique en matière de réserve

de propriété présentaient des différences considérables, y compris entre pays de la même région, et que la législation de l'Union européenne sur la réserve de propriété renvoyait cette question à la législation nationale.

60. On a toutefois été largement d'avis que, pour permettre aux juristes des pays de droit romano-germanique de comprendre plus facilement la recommandation 130, son impact pourrait être expliqué dans le commentaire, où l'on pourrait en particulier préciser que, si la constitution de sûretés sur des biens futurs devenait possible, certains conflits, qui actuellement ne pouvaient exister que dans de très rares pays qui autorisaient la vente de biens futurs assortie d'une clause de réserve de propriété, pourraient naître entre un vendeur réservataire et un prêteur. Il pourrait également être expliqué dans le commentaire que, dans le système envisagé par le projet de guide, les vendeurs réservataires seraient en mesure d'inscrire et de notifier leurs droits pour une période de cinq ans couvrant plusieurs opérations de vente conclues entre les mêmes parties pour faire en sorte que ces droits soient opposables aux tiers et aient la priorité même sur des droits inscrits antérieurement.

61. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 131 quant au fond et a prié le secrétariat d'établir une recommandation parallèle pour une approche non unitaire.

Recommandation 132 (sûretés multiples)

62. Il a été déclaré que la recommandation 132 traitait effectivement de la question des sûretés multiples et non de la constitution de sûretés croisées (en anglais "cross-collateralization"). On a également fait observer que cette recommandation ne serait peut-être pas nécessaire car, apparemment, rien dans le projet de guide n'indiquait qu'une partie finançant une acquisition n'était pas considérée comme telle simplement parce qu'elle possédait, sur les biens meubles corporels grevés par la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions, également une sûreté constituée à d'autres fins ou parce que la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions garantissait également d'autres obligations. À l'issue du débat, il a été convenu que la recommandation 132 pouvait être supprimée et la question traitée dans le commentaire.

Recommandation 133 (priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions grevant le produit de stocks)

63. Il a été convenu que la recommandation 133 devrait indiquer clairement que l'avis exigé en ce qui concerne le produit des stocks pourrait être donné en même temps qu'à la partie finançant les stocks inscrite conformément à la recommandation 130 (c'est-à-dire avant la remise effective des stocks au constituant). Il a également été convenu qu'en tout état de cause, cet avis devrait être donné au plus tard au moment de la naissance de ce produit.

64. En réponse à une question, il a été déclaré que, en exigeant qu'un avis soit adressé aux parties inscrites ayant octroyé un financement et détenant une sûreté sur des biens du même type que le produit, tels que des créances de sommes d'argent, la recommandation 133 faciliterait la tâche du créancier qui saurait qu'il doit chercher les sûretés, grevant à la fois les stocks et les créances de sommes d'argent du

constituant. Il a été convenu que des précisions pourraient être données dans le commentaire sur le principe et l'effet de l'avis.

65. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 133 quant au fond et a prié le secrétariat d'établir une recommandation parallèle suivant une approche non unitaire ainsi qu'une recommandation similaire (qui n'exigerait cependant aucune condition) concernant la priorité des sûretés sur le produit du matériel.

Recommandation 134 (réalisation)

66. Il a été convenu que la première variante de la recommandation 134 – concernant l'approche unitaire – devrait mentionner toutes les voies de droit ouvertes à une partie finançant l'acquisition (y compris l'attribution des biens à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie et le recouvrement des créances de sommes d'argent) et pas seulement le droit de prendre possession et de disposer des biens. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé cette variante quant au fond.

67. En ce qui concerne la deuxième variante de la recommandation 134 – relative à l'approche non unitaire –, un certain nombre de préoccupations ont été exprimées. Tout d'abord, on a estimé que les droits et voies de droit d'un vendeur réservataire ne pouvaient pas être les mêmes que ceux d'une partie octroyant un prêt pour le financement du prix d'achat. On s'est inquiété aussi de ce que la variante ne mentionnait pas les obligations. Par ailleurs, on a exprimé la crainte que la formule "dans toute la mesure possible" ne soit pas suffisante pour aboutir à l'équivalence de traitement voulue entre tous les mécanismes de financement d'acquisitions, quelle que soit l'approche – unitaire ou non unitaire – adoptée. On a également craint que le texte actuel ne soit pas suffisant pour les États susceptibles d'introduire la notion de sûreté en garantie du paiement d'acquisitions pour les prêteurs tout en préservant la réserve de propriété pour les vendeurs et les bailleurs. Pour répondre à ces préoccupations, plusieurs propositions ont été avancées. Il a d'abord été suggéré d'appliquer la recommandation relative à l'approche unitaire également à une approche non unitaire. Cette suggestion a suscité des objections, au motif que, si les conditions préalables et les résultats devaient être les mêmes, les droits et voies de droit (ou la manière de parvenir à l'équivalence recherchée) étaient différents. Il a également été proposé de reformuler la recommandation à peu près comme suit: "La loi devrait prévoir que, en cas de défaillance de l'acheteur, du constituant ou du crédit-preneur, la réalisation d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions doit se faire de telle manière que: i) les mêmes principes et objectifs que ceux régissant la réalisation des sûretés réelles mobilières en général soient respectés; et ii) que les mêmes résultats soient obtenus". Le texte proposé ayant bénéficié d'un appui suffisant, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser, en s'inspirant de celui-ci, la variante de la recommandation 134 relative à l'approche non unitaire.

Recommandations sur le traitement des mécanismes de financement d'acquisitions en cas d'insolvabilité

68. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner les recommandations sur le traitement des mécanismes de financement d'acquisitions en cas d'insolvabilité qu'après avoir eu la possibilité d'étudier toutes les recommandations relatives à l'insolvabilité.

Recommandation 135 (conflit de lois)

69. Il a été convenu que toutes les recommandations relatives au conflit de lois devraient s'appliquer aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, y compris celles concernant les sûretés sur des biens meubles incorporels, de manière à couvrir le produit de biens meubles corporels grevés d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions qui pourrait prendre la forme de biens incorporels. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 135 quant au fond.

Droits de propriété intellectuelle (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 3 h), et A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 13, 14 et 21 dd))

70. Le Groupe de travail a d'abord examiné si les sûretés grevant des droits de propriété intellectuelle devraient être incluses dans le projet de guide. De l'avis général, les droits de propriété intellectuelle devraient être abordés dans le projet de guide. Il importait, a-t-on dit, de faciliter l'utilisation de ces droits comme source de crédit et de reconnaître leur importance et leur valeur grandissantes en tant qu'actifs commerciaux, en particulier pour les petites et moyennes entreprises dans le monde entier. On a en outre fait observer que les droits de propriété intellectuelle étaient si étroitement liés à d'autres biens, comme le matériel et les stocks, qu'il serait extrêmement difficile de les séparer de ces autres biens et de les exclure du champ d'application du projet de guide. Il a aussi été dit que l'exclusion de ces droits du régime des opérations garanties non seulement entraverait l'accès au crédit en matière de propriété intellectuelle mais limiterait également les effets bénéfiques du projet de guide et priverait les États d'orientations sur les sûretés grevant des droits de propriété intellectuelle.

71. Au nom de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), il a été dit que cette dernière soutenait la CNUDCI dans son entreprise et était disposée à aider le Groupe de travail dans le cadre de son mandat et en mettant à profit ses connaissances spécialisées en matière de propriété intellectuelle. Il a été déclaré aussi que le projet de guide devait traiter de la propriété intellectuelle pour les motifs évoqués plus haut. Toutefois, un problème dont on devait se préoccuper était que certaines recommandations du projet de guide nécessitaient peut-être des aménagements pour éviter tout impact négatif sur le secteur de la propriété intellectuelle et les milieux financiers, ainsi que tout conflit résultant de leur application avec la législation et les obligations conventionnelles existant déjà en matière de propriété intellectuelle, et avec les pratiques commerciales qui s'étaient développées au fil du temps pour donner effet à cette législation et à ces obligations. Tout en reconnaissant que la modernisation des lois sur les opérations garanties était nécessaire, l'OMPI a prié instamment le Groupe de travail de tenir compte aussi de la nécessité de ne pas compromettre l'exercice des droits de propriété intellectuelle. L'OMPI a admis qu'il fallait donner des orientations aux États et aux législateurs sur les questions de propriété intellectuelle et de sûretés mobilières et examiner les recommandations du projet de guide pour déterminer là où des modifications devaient éventuellement être apportées, pourquoi et comment. Il a été fait observer qu'aucune orientation à ce sujet n'était fournie dans le projet de guide sous sa forme actuelle.

72. Le Groupe de travail a donc été informé que l'OMPI engagerait un processus de consultation dans le cadre d'un groupe spécial d'experts de la propriété intellectuelle chargé d'informer et de guider les États sur les questions de propriété intellectuelle et de sûretés, de revoir les recommandations du projet de guide pour s'assurer qu'elles convenaient aux biens de propriété intellectuelle et pour suggérer des modifications si nécessaire. En particulier, l'initiative de l'OMPI viserait à mieux faire comprendre l'utilisation des droits de propriété intellectuelle dans les opérations garanties aux pays qui connaissaient relativement peu ces questions. Il a également été dit que l'OMPI communiquerait avec la CNUDCI pour veiller à une bonne coopération et faire en sorte que les travaux de l'Organisation soient efficacement coordonnés avec ceux du Groupe de travail, de manière à aider et guider au maximum les États dans leur réforme du droit de la propriété intellectuelle et des sûretés.

73. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de traiter les droits de propriété intellectuelle dans le projet de guide.

Recommandation 3 h) (A/CN.9/WG.VI/WP.21)

74. Le Groupe de travail s'est ensuite penché sur la formulation de la recommandation 3 h) et a noté que celle-ci était commentée dans les paragraphes 13 et 14 du chapitre premier (Introduction) alors que les droits de propriété intellectuelle étaient définis à l'alinéa dd) du paragraphe 21 de ce chapitre (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1). Il a été estimé dans l'ensemble que la recommandation était rédigée de manière satisfaisante pour permettre au projet de guide de s'appliquer généralement aux sûretés grevant des droits de propriété intellectuelle non seulement sans que le Groupe de travail ait à examiner l'application de chaque recommandation à ce type de sûreté, tâche qui – pour beaucoup – sortait du cadre du projet actuel, mais aussi sans empiéter sur la législation en matière de propriété intellectuelle. La proposition de donner préséance non seulement au droit de la propriété intellectuelle, qu'il soit national ou international, mais aussi aux pratiques commerciales, n'a pas été appuyée. On a en effet exprimé la crainte qu'une référence à toutes les pratiques commerciales sans exception soit trop générale et puisse avoir involontairement pour effet d'exclure purement et simplement les droits de propriété intellectuelle de la législation sur les opérations garanties. On a également fait remarquer que le commentaire pouvait, si nécessaire, mentionner certaines pratiques commerciales qui étaient généralement acceptables, largement utilisées et consacrées dans la législation. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 3 h) quant au fond.

Produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 y), z), aa) et bb), A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 25, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandations 49 et 62, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandation 106, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recommandation 138)

75. Il a été généralement convenu que le projet de guide devrait traiter des sûretés grevant le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants (à savoir les lettres de crédit commerciales et stand-by et les garanties indépendantes), de façon, a-t-on dit, à montrer que ce type de produit était largement accepté comme source de crédit. Il a en outre été fait observer que le projet de guide viendrait compléter les autres travaux réalisés au niveau international pour unifier le droit relatif aux engagements de garantie indépendants, en particulier ceux de la Chambre de commerce internationale (CCI). Quant à savoir quel bien ferait l'objet de la sûreté, il a été convenu que ce ne devrait pas être l'engagement indépendant lui-même ni le droit d'exiger paiement conformément à cet engagement mais plutôt le droit de recevoir paiement. Il a été estimé à cet égard que, si le projet de guide pouvait aborder la question du produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, il n'était pas nécessaire d'élaborer de recommandation particulière puisque les recommandations relatives aux créances de sommes d'argent en général pourraient s'appliquer. Le Groupe de travail a cependant noté que le droit de recevoir paiement au titre d'un engagement de garantie indépendant devrait être traité, de même que le droit de recevoir paiement du solde d'un compte bancaire, comme une catégorie spéciale de créances de sommes d'argent soumises à des recommandations particulières tenant compte des besoins des parties concernées.

Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 y), z), aa) et bb))

76. Le Groupe de travail est passé ensuite aux définitions des différents termes relatifs à cette question (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 y), z), aa) et bb)). Il a été indiqué que la formule "sous réserve d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties", figurant dans la définition du terme "engagement de garantie indépendant" (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 y)), n'était pas nécessaire du fait que la définition faisait suffisamment référence au corps de règles juridiques applicables et qu'en tout état de cause elle n'était pas destinée à énoncer une règle.

77. Plusieurs propositions ont été formulées à propos de la définition du terme "produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant" (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 z)). Il a été proposé tout d'abord de remplacer les mots "paiement effectué" par "paiement échu ou à échoir", de supprimer les mots "une obligation de paiement différé souscrite" et de remplacer "remis" par "devant être remis". Une autre proposition était de remplacer le mot "produit" dans le terme défini lui-même par une expression du type "droit de recevoir paiement au titre d'un engagement de garantie indépendant". On a fait valoir que l'emploi du mot "produit" pouvait prêter à confusion car celui-ci était aussi utilisé dans le projet de guide pour désigner "tout ce qui était reçu en relation avec des biens grevés" (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 ee)). On a également proposé de parler plutôt de "créance de somme d'argent". En réponse aux deux propositions, il a été fait observer que le terme "produit du tirage d'un engagement de garantie

indépendant” était davantage familier au secteur d’activité concerné et était employé dans les textes en la matière. Il a aussi été indiqué que, compte tenu de la législation et des pratiques dans ce domaine, le terme “créance de somme d’argent” ne conviendrait pas.

78. Il a été proposé de mentionner également les “contre-garants” dans la définition du terme “émetteur/garant” (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 aa)).

79. À l’issue de sa discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les définitions, en tenant compte des vues exprimées et des propositions présentées.

Recommandation 25 (A/CN.9/WG.VI/WP.21)

80. Le Groupe de travail a généralement appuyé la recommandation 25.

Recommandation 49 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1)

81. Plusieurs propositions ont été faites. Il a été proposé que la définition dans la note accompagnant la recommandation 49 remplace éventuellement la définition de “contrôle” pour ce qui est des engagements de garantie indépendants (et qu’un libellé similaire remplace la définition de “contrôle” pour les comptes bancaires). Il a aussi été proposé que la définition du terme “contrôle” mentionne le droit de disposition. On a par ailleurs estimé qu’une recommandation séparée serait peut-être nécessaire pour faire en sorte que, indépendamment de la constitution, de l’opposabilité ou de la priorité d’une sûreté sur le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant, le garant/émetteur n’ait pas à payer le créancier garanti contre sa volonté. Il a également été proposé de modifier l’alinéa d) au motif qu’un engagement de garantie indépendant ne suivait pas automatiquement la créance de somme d’argent, dont il garantissait le paiement. Il a été indiqué qu’un acte séparé de transfert était nécessaire conformément à l’article 10-1 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Après discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser la recommandation 49, en tenant compte des vues exprimées et des propositions présentées.

Recommandation 62 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1)

82. Plusieurs suggestions ont été faites. Il a tout d’abord été proposé de supprimer l’alinéa b), étant donné que l’acceptation était une forme de contrôle déjà couverte par l’alinéa a). Il a été dit que la question des acceptations contradictoires pourrait être incorporée à l’alinéa a). Une autre proposition était de limiter l’alinéa c) aux situations envisagées dans la recommandation 49 b), dans laquelle la possession était une condition exigée pour obtenir paiement. Une autre proposition encore était, si l’on souhaitait conserver l’inscription comme méthode d’opposabilité, qu’une règle de priorité soit énoncée dans la recommandation 62 pour les sûretés inscrites. Il a été proposé par ailleurs de supprimer l’alinéa d), car un aspect fondamental du caractère indépendant d’un engagement de garantie était que ce dernier ne suivait pas les créances de sommes d’argent, dont il garantissait le paiement. Il a été dit, à l’encontre de cette proposition, que les parties s’attendraient à ce qu’un tel engagement suive la créance. Afin de rapprocher ces vues divergentes, il a été indiqué que, dans l’un ou l’autre cas, l’émetteur/garant ou la personne désignée n’auraient pas à payer le créancier garanti s’ils ne le souhaitaient pas, comme le

prévoyait la recommandation 106 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2). À cet égard, il a été proposé de reformuler la recommandation 106 sous la forme d'un principe d'application générale même en dehors des cas de réalisation. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser la recommandation 62, en tenant compte des vues exprimées et des propositions présentées.

Recommandation 106 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2)

83. Le Groupe de travail a dans son ensemble appuyé la recommandation 106 quant au fond. La proposition de reformuler cette recommandation sous la forme d'un principe général applicable à tous les chapitres du projet de guide a été réitérée.

Chapitre XI. Conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recommandations 136 à 149)

Objet

84. Il a été convenu de supprimer les mots "selon qu'il convient" dans le deuxième paragraphe de la section relative à l'objet. Il a aussi été convenu de séparer les exemples donnés dans ce paragraphe, car le transfert de propriété était une sûreté tant dans les systèmes fondés sur une approche unitaire que dans ceux fondés sur une approche non unitaire, alors que la situation était différente pour la réserve de propriété et les crédits-bails dans un système fondé sur une approche non unitaire.

Recommandation 136 (sûretés sur des biens meubles corporels)

85. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation 136 pouvait aussi s'appliquer aux sûretés sur des instruments négociables et des documents négociables. Il a cependant été estimé que l'opposabilité d'une sûreté sans dépossession sur un instrument négociable devrait être soumise à la loi de l'État où se trouvait le constituant (c'est-à-dire la loi prévue par la recommandation 137), solution jugée par beaucoup appropriée car un créancier garanti pourrait se référer à la loi d'un seul État pour rendre opposables des sûretés sur des instruments négociables émis dans divers pays.

86. Il a été proposé de reformuler la recommandation 136 de sorte que toutes les questions relatives à une sûreté, et pas seulement celles concernant sa constitution, son opposabilité et sa priorité, soient soumises à la loi du lieu de situation du bien. Il a été dit que les exceptions devraient être limitées et clairement indiquées. Cette proposition n'a pas bénéficié d'un appui suffisant. Il a été fait observer que ces catégories de questions correspondaient aux subdivisions du projet de guide. Il a aussi été dit que toute question non régie par la recommandation 136 (par exemple la réalisation) était abordée dans les recommandations suivantes (par exemple 149).

87. En ce qui concerne les biens mobiles, il a été signalé que la règle énoncée dans la deuxième phrase de la recommandation 136 ne s'appliquerait pas si ces biens étaient soumis à des systèmes d'inscription sur des registres spécialisés qui, comme le prévoyait le chapitre sur l'opposabilité, devaient être préservés.

88. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 136 quant au fond et a prié le secrétariat d'insérer dans le commentaire des explications suffisantes sur les questions soulevées plus haut. Le secrétariat a également été prié de préparer un projet de recommandation prévoyant que l'opposabilité d'une sûreté sans dépossession sur un instrument négociable était régie par la loi du lieu de situation du constituant.

Recommandation 137 (sûretés sur des biens meubles incorporels)

89. La question a été posée de savoir si la recommandation 137 devrait s'appliquer aux droits de propriété intellectuelle. Il a été convenu que le commentaire pourrait clarifier cette question. Au nom de l'OMPI, il a été déclaré que cette recommandation figurait parmi celles qui devaient être revues de manière à s'appliquer aux droits de propriété intellectuelle. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 137 quant au fond.

Recommandation 138 (sûretés sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant)

90. Plusieurs suggestions ont été faites. Il a d'abord été proposé de supprimer, à l'alinéa a), le mot "réalisation", au motif que la réalisation d'une sûreté sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant devrait être soumise à la loi applicable à la réalisation (recommandation 149) et non à la loi du lieu de situation du constituant. Il a par ailleurs été proposé de faire de l'alinéa b) une recommandation qui traiterait de la loi applicable aux obligations de l'émetteur/garant ou de la personne désignée et serait coordonnée avec l'alinéa c). Il a été déclaré que la nouvelle disposition devrait suivre, dans la mesure du possible, le libellé de la recommandation 148 relative à la relation entre le débiteur en compte et le cessionnaire. Une autre proposition encore était d'élaborer une recommandation semblable à la recommandation 140 pour les sûretés sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. Après discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser la recommandation 138, en tenant compte des vues exprimées et des propositions présentées.

Recommandations 139 et 140 (sûretés sur des comptes bancaires)

91. Les avis ont divergé sur les variantes proposées pour la recommandation 139. À l'appui de la variante A, il a été indiqué que la règle applicable aux titres selon la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (à savoir la loi régissant le compte) était préférable car les comptes bancaires et les comptes de titres étaient très similaires et qu'il était difficile de les distinguer, en particulier lorsqu'une banque proposait les deux types de service à ses clients. Il a en outre été argué que cette approche favoriserait la sécurité juridique et la prévisibilité car les prêteurs s'attendraient à recevoir copie de la convention de compte (voire à obtenir un accord de contrôle) avant d'octroyer un crédit garanti par un compte bancaire. Il a en outre été dit que la variante C (loi du lieu de situation de la banque où était tenu le compte et critère du "lien le plus étroit") serait source d'insécurité du fait qu'il n'existait aucun système universellement acceptable pour localiser les comptes bancaires et que le critère de la relation la plus étroite était vague. On a aussi indiqué que l'application de la loi

régissant le compte bancaire n'entraînerait aucun changement dans la pratique puisque les banques appliquaient déjà cette règle pour les comptes de titres.

92. À l'appui de la variante C, on a fait valoir que la loi applicable aux sûretés sur des comptes bancaires devrait être différente de la loi applicable aux sûretés sur des comptes de titres, car les premiers différaient des seconds d'un point de vue à la fois conceptuel et fonctionnel. Le compte bancaire, a-t-on dit, impliquait une relation bilatérale entre le client et la banque et se distinguait des systèmes multilatéraux et intermédiés de détention de titres utilisés dans les comptes de titres. Il a aussi été indiqué que, bien que les comptes de titres eux aussi puissent contenir des espèces, celles-ci étaient considérées comme accessoires aux comptes de titres et étaient détenues provisoirement sur des sous-comptes séparés à des fins spécifiques, comme l'achat de titres ou le dépôt de dividendes. Il a été ajouté que la Convention de La Haye n'était pas conçue pour les comptes bancaires et que, si des études étaient réalisées à propos de l'impact des règles sur les comptes de titres, on ignorait s'il existait des études parallèles relatives à l'impact de dispositions similaires sur les comptes bancaires. On a encore fait observer que le champ d'application de la Convention de La Haye s'étendait aux titres dématérialisés, dont le fonctionnement était beaucoup plus complexe que celui des comptes bancaires.

93. Il a en outre été souligné qu'il était relativement facile de rattacher un compte bancaire à une succursale particulière, de sorte qu'une règle fondée sur ce facteur de rattachement favoriserait la sécurité juridique *ex ante* (c'est-à-dire avant la conclusion d'une opération). Par contre, a-t-on dit, il serait difficile aux tiers de savoir quelle loi avait été choisie dans une convention de compte, car ce type de document était habituellement confidentiel. Il a été ajouté que l'application de la loi de la convention de compte pourrait avoir des effets très préjudiciables sur la pratique bancaire, car les droits et obligations de la banque ou la réalisation seraient soumis à une loi autre que celle de son lieu de situation. Il a également été mentionné que les tiers n'auraient aucun moyen de déterminer la loi applicable au compte puisque la convention de compte serait protégée par le secret bancaire. Il a aussi été déclaré que l'autonomie des parties ne convenait pas pour les questions relevant du droit régissant la protection des informations. Il a été répondu à cela que, quelle que puisse être la loi applicable aux comptes bancaires, elle serait sans incidence sur la loi applicable aux questions de réglementation, de fiscalité, de comptabilité ou de droit pénal, qui resteraient soumises à la loi du lieu de situation de la banque. On a aussi déclaré que le secret bancaire n'était pas en cause ici puisque les emprunteurs étaient disposés à fournir aux prêteurs copie des conventions de compte de manière à obtenir un crédit sur la base de ces conventions et que les prêteurs obtenaient souvent un accord de contrôle avec le consentement de la banque dépositaire. Il a été fait observer par ailleurs qu'une analyse fondée sur le principe de l'autonomie des parties n'était pas d'un grand secours, car la variante B mentionnait certains facteurs de rattachement objectifs et la variante C en définitive laissait aux parties une certaine liberté de choix quant au lieu de situation d'un compte.

94. Il a été demandé, au cours du débat, si la recommandation 139 s'appliquerait aux transferts de comptes. À cela, il a été répondu que cette recommandation s'appliquerait aux conflits de priorité dans les cas de transferts de comptes bancaires conformément à la définition du "réclamant concurrent", qui visait également une personne à qui était transféré le bien grevé (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1,

par. 21 gg)). Pour le même motif, les recommandations du projet de guide relatives à la priorité s'appliqueraient à un conflit faisant intervenir le bénéficiaire du transfert d'un compte bancaire. En revanche, il n'était pas certain que le projet de guide dans son ensemble s'applique aux transferts de comptes bancaires car, si la recommandation 3 f) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21) prévoyait que, en général, les transferts purs et simples de créances de sommes d'argent entraient dans le champ d'application du projet de guide, les comptes bancaires eux étaient exclus de la définition de "créance de somme d'argent" (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 o)).

95. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé de conserver la variante B (qui reflétait l'approche suivie dans la variante A d'une manière concise qui convenait davantage au projet de guide) et la variante C (sans référence au critère du "lien le plus étroit"). De l'avis général, comme le choix entre ces deux variantes dépendait de la question de savoir si, dans les faits ou dans la pratique, le lieu de situation d'un compte bancaire pouvait être facilement déterminé, des informations sur les pratiques appliquées dans ce domaine devraient être recueillies pour alimenter le débat. En ce qui concerne la recommandation 140 et le renvoi à cette recommandation au début de la recommandation 139, le Groupe de travail a décidé de les conserver sans crochets.

Recommandation 141 (produit)

96. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 141 quant au fond.

Recommandation 142 (biens meubles corporels en transit et biens meubles corporels destinés à l'exportation)

97. Il a été noté qu'une sûreté sur des biens meubles corporels en transit ou destinés à l'exportation pourrait être constituée et rendue opposable, selon la recommandation 136, conformément à la loi du pays d'origine, ou selon la recommandation 142, conformément à la loi du pays de destination finale. Beaucoup ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de mentionner les documents négociables dans la recommandation 142. Il a été dit que, dans les cas où les documents étaient expédiés avec les biens, ce qui était la norme, la recommandation 142 était suffisante. On a aussi fait observer que cette recommandation était suffisante dans les cas où les biens étaient expédiés mais pas les documents. Quant aux rares cas où les documents étaient en transit alors que les biens ne l'étaient pas, on a dit que la recommandation 136 entrerait en jeu de sorte que la loi du lieu de situation du bien grevé (c'est-à-dire du document) s'appliquerait. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait être utile de clarifier dans le commentaire les points examinés plus haut et a approuvé sans modification la recommandation 142 quant au fond.

Recommandation 143 (signification du "lieu de situation" du constituant)

98. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 143 quant au fond.

Recommandation 144 (moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation)

99. Il a été convenu que les conflits de priorité concernant exclusivement les créances nées avant le changement de lieu des biens ou du constituant devraient être soumis à la loi du lieu initial et non à celle du lieu où ceux-ci se trouvaient au moment où le conflit de priorité apparaissait. Sous réserve de cette légère modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 144 quant au fond.

Recommandation 145 (maintien de l'opposabilité après un changement de lieu de situation)

100. Il a été convenu d'ajouter, à la fin de la recommandation 145, un membre de phrase tel que celui-ci: "et, pour déterminer la priorité conformément à la loi de l'État adoptant, aux fins d'une règle dans laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence, cette date est celle à laquelle ladite formalité a été accomplie conformément à la loi de cet autre État". Il a été dit que ce libellé aurait pour effet de préciser le moment où la sûreté devenait opposable. Il a également été convenu de modifier éventuellement l'expression "État adoptant" pour ne pas donner l'impression que l'autre État serait un État qui n'avait pas adopté les recommandations. On a expliqué que la recommandation 145 avait été rédigée du point de vue de l'État d'arrivée, étant donné que la loi de celui-ci s'appliquerait normalement, et à partir de l'hypothèse que cet État serait un État adoptant, sinon, les recommandations ne s'appliqueraient pas. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 145 quant au fond.

Recommandation 146 (renvoi)

101. Il a été dit que le titre de la recommandation 146 devrait être modifié afin d'indiquer que le renvoi était exclu (par exemple, exclusion du renvoi ou absence de renvoi). On a aussi suggéré d'expliquer dans le commentaire la référence à la "loi en vigueur". Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 146 quant au fond.

Recommandation 147 (loi régissant les droits et obligations du constituant et du créancier garanti)

102. Le Groupe de travail est convenu de conserver sans crochets les mots "concernant la sûreté" afin d'aligner le champ d'application de cette recommandation sur l'objet du Guide, en rendant la règle applicable aux droits et obligations des parties qui se rapportaient à la sûreté. Il est également convenu de conserver sans crochets les mots "ou de la loi" afin de rendre la règle applicable aux droits et obligations liés à la sûreté qui, bien que naissant de la constitution de cette dernière (et en ce sens trouvant leur origine dans la convention constitutive), découlaient de la loi du fait qu'ils n'étaient ni expressément ni tacitement traités dans la constitution constitutive mais devenaient partie intégrante de la sûreté de plein droit. On a cité comme exemple la nature et l'étendue de l'obligation faite à la partie garantie de prendre soin des biens grevés qui étaient en sa possession, obligation qui ne découlait pas strictement de la convention constitutive mais qui faisait partie intégrante de la sûreté de plein droit.

103. En ce qui concerne la règle de rattachement subsidiaire applicable en l'absence de choix des parties, différentes opinions ont été exprimées. Selon un point de vue, il ne fallait prévoir aucune règle subsidiaire du fait qu'en principe aucune règle ne serait nécessaire car, dans la plupart des cas, les parties à une opération garantie insèreraient une clause relative au choix de la loi dans leurs conventions. Selon un autre point de vue, il fallait, en l'absence de choix des parties, faire référence à la loi du lieu de situation du constituant. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, il fallait aligner la loi applicable aux droits et obligations des parties sur celle applicable aux droits et obligations purement contractuels, cette solution étant le plus susceptible de répondre aux attentes des parties. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé de conserver la référence à la loi régissant la convention constitutive de sûreté et de supprimer la référence à la loi du lieu de situation du constituant. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 147 quant au fond.

104. Au cours des débats, il a été proposé, afin de tenir compte des règles de la pratique et des usages, d'utiliser l'expression "règles juridiques". Cette proposition n'a pas été appuyée.

Recommandation 148 (loi régissant les droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire)

105. Il a été convenu que les parties des recommandations relatives aux sûretés sur le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants et les comptes bancaires traitant de la relation entre le débiteur en compte et le cessionnaire devraient, dans la mesure du possible, être alignées sur la recommandation 148. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 148 quant au fond.

Recommandation 149 (questions de réalisation)

106. Les deux variantes (A et B) ont bénéficié d'un appui au sein du Groupe de travail. Il a été déclaré en faveur de la variante A que la réalisation soulevait des questions de procédure qui devraient être soumises à la loi du lieu de la réalisation. On a rétorqué qu'une telle règle pourrait entraîner l'application de plusieurs lois lorsque des mesures, y compris extrajudiciaires, étaient prises dans plusieurs pays pour obtenir la réalisation. Dans le même ordre d'idées, il a été dit qu'il n'était pas facile de déterminer le lieu de la réalisation dans le cas de biens meubles incorporels, voire dans le cas de biens meubles corporels, en particulier lorsqu'une mesure devait être prise depuis un lieu différent (par exemple, l'envoi d'un avis). À l'appui de la variante B, on a fait observer que celle-ci était à la fois appropriée pour traiter des mesures tant judiciaires qu'extrajudiciaires prises dans différents pays et suffisante pour protéger les intérêts légitimes du for en cas de prise de possession des biens par le créancier garanti ou d'incompatibilité entre une mesure de réalisation et les règles impératives ou d'ordre public du for. Par contre, on a déclaré que, bien qu'il puisse être efficace dans le cas d'une réalisation extrajudiciaire, le recours à l'autonomie des parties n'était pas indiqué dans le cas d'une réalisation judiciaire. On a également fait observer que la réalisation de biens meubles incorporels s'effectuerait au "lieu de situation" de la créance de somme d'argent (c'est-à-dire du débiteur en compte) et se traduirait normalement par une demande de paiement adressée par le créancier au débiteur en compte.

107. S'agissant de la rédaction, il a été suggéré de supprimer les mots "en dehors d'une procédure d'insolvabilité" car ils pourraient créer la confusion sur le point de savoir si une procédure d'insolvabilité devait avoir été ouverte ou non. Cette suggestion a été appuyée, à condition que l'on trouve un autre moyen de ne pas empiéter sur les recommandations relatives à l'insolvabilité. On a également estimé que les exceptions fondées sur les règles impératives ou d'ordre public mentionnées dans la variante B s'appliquaient à toutes les recommandations relatives au conflit de lois et qu'il fallait les reformuler en conséquence. Cette suggestion a été accueillie avec intérêt, sous réserve que soit déterminée l'incidence de ces exceptions sur les recommandations relatives au conflit de lois.

108. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé de conserver les deux variantes pour la poursuite des discussions. Le secrétariat a été prié d'élaborer des projets de texte tenant compte des suggestions faites.

Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit de lois

109. Le Groupe de travail est convenu de ne pas examiner les recommandations sur le conflit de lois en cas d'insolvabilité avant d'avoir eu la possibilité d'examiner toutes les recommandations relatives à l'insolvabilité.

États à plusieurs unités

110. Le secrétariat a été prié d'élaborer des recommandations traitant de l'application des recommandations relatives au conflit de lois dans les États constitués de plusieurs unités.

Chapitre IX. Insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3)

Recommandations du Guide sur l'insolvabilité

111. Pour ce qui est des recommandations du Guide sur l'insolvabilité reproduites dans le Guide sur les opérations garanties, le Groupe de travail a décidé qu'elles devraient toutes être conservées avec des explications appropriées dans le commentaire. Il a également été convenu qu'il pourrait être utile d'inclure d'autres définitions du Guide sur l'insolvabilité (par exemple, celles des contrats financiers) dans le chapitre du Guide sur les opérations garanties consacré à l'insolvabilité, tout en expliquant les éventuelles différences avec les définitions de ce dernier.

Projets de recommandations supplémentaires

Recommandations A et B

112. Le Groupe de travail a convenu que les deux approches devaient être conservées. De l'avis général, dans le contexte d'une approche non unitaire, l'application du principe d'équivalence devrait entraîner le même traitement pour tous les mécanismes de financement d'acquisitions. Il a également été convenu qu'une référence au prêteur des fonds finançant l'acquisition devrait être ajoutée dans la recommandation B, de manière à refléter le principe d'équivalence. Il a aussi été convenu toutefois que les caractéristiques des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions dans la législation et la pratique devraient être respectées. De plus, il a été estimé dans l'ensemble que le commentaire devrait illustrer d'exemples le

traitement des parties finançant des acquisitions dans chacune des deux approches, unitaire et non unitaire. En outre, il a été convenu que le commentaire devrait clarifier la terminologie, surtout en ce qui concerne l'approche non unitaire.

Recommandations C à E et G à K

113. Le Groupe de travail a conservé sans modification les recommandations C et D.

Recommandation F

114. Il a été convenu que la recommandation F devrait préciser que le représentant de l'insolvabilité serait en droit de recouvrer les frais et les dépenses de manière prioritaire. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a conservé la recommandation F.

Instruments négociables et documents négociables (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 w) et x), et A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 3 d) et 24)

115. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les définitions des termes "instrument négociable" et "document négociable", sous réserve de la suppression de la référence à une autre loi.

Recommandation 3 d) (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 3 d))

116. Le Groupe de travail a approuvé la recommandation 3 d) quant au fond et a convenu de supprimer tous les crochets.

Recommandation 24 (A/CN.9/WG.VI/WP.21)

117. Le Groupe de travail a approuvé la recommandation 24 quant au fond, sans trancher définitivement la question de savoir si les droits mentionnés dans la recommandation devraient être qualifiés d'accessoires ou d'indépendants. Il a également été convenu que la recommandation devrait traiter uniquement des instruments négociables et non pas des autres obligations de paiement.

V. Travaux futurs

118. Le Groupe de travail a noté que sa neuvième session était prévue à New York du 30 janvier au 3 février 2006, et sa session suivante à Vienne du 18 au 22 septembre 2006, sous réserve que ces dates soient approuvées par Commission à sa trente-neuvième session, devant se tenir à New York du 19 juin au 7 juillet 2006. De plus, le Groupe de travail a noté qu'il pourrait tenir une session supplémentaire à New York, du 1er au 5 mai 2006, sous réserve de ce qu'il déciderait en janvier 2006.

A/CN.9/WG.VI/WP.21

B. Note du Secrétariat sur les sûretés: recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Recommandations
I.	Principaux objectifs	1
II.	Champ d'application	2-4
III.	Approches fondamentales en matière de sûretés	5-7
IV.	Constitution de la sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	8-34

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

I. Principaux objectifs

Objet

L'objet des recommandations relatives aux principaux objectifs est de fournir un cadre général pour la mise en place et le développement d'une loi rationnelle et efficace sur les opérations garanties. Ces recommandations pourraient être incluses dans le préambule de la loi sur les opérations garanties (ci-après "la loi") en tant que guide des principes législatifs fondamentaux à prendre en considération pour interpréter celle-ci.

Principaux objectifs

1. Il faudrait prendre en considération les principaux objectifs ci-après:

a) Promouvoir le crédit garanti;

b) Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque intégrale des biens afin de faciliter le crédit dans un large éventail d'opérations de crédit;

c) Obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace;

d) Reconnaître l'autonomie des parties;

e) Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit;

f) Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession;

g) Encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence;

h) Établir des règles de priorité claires et prévisibles;

i) Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace;

j) Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées; et

k) Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois.

II. Champ d'application

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives au champ d'application est de spécifier les parties, les sûretés réelles mobilières, les obligations garanties et les biens auxquels la loi s'applique.

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés

2. La loi devrait s'appliquer à toutes les parties et à tous les types de sûretés réelles mobilières, d'obligations garanties et de biens grevés. Les exceptions devraient être limitées et clairement énoncées dans la loi.

3. En particulier, la loi devrait disposer qu'elle s'applique:

a) Aux personnes morales et physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

b) Aux droits réels créés contractuellement pour garantir tous types d'obligations, y compris des obligations futures, des obligations dont le montant fluctue et des obligations décrites en termes génériques;

c) Aux sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession sur des biens meubles et des biens rattachés garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables;

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d'argent, [les instruments négociables (tels que les chèques, les lettres de change et les billets à ordre), les documents négociables (tels que les connaissements),] les comptes bancaires, le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les instruments négociables, les documents négociables, les engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle figurent entre crochets, le Groupe de travail n'ayant pas encore décidé d'inclure ou non ces types de biens dans le champ d'application du Guide. S'il décide de les y inclure, il souhaitera peut-être apporter les modifications*

nécessaires pour adapter en conséquence tant les recommandations applicables à tous les types de biens que celles visant des biens particuliers.]

e) Aux sûretés réelles mobilières acquises par transfert de propriété et à tous les autres types de droits garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, quelle que soit la forme de l'opération et que la propriété des biens grevés soit détenue par le créancier garanti ou par le constituant, y compris les différentes formes de réserves de propriété, de crédits-bails et d'accords de location-vente;

f) En général, aux transferts absolus de créances de sommes d'argent;

g) Aux aéronefs, navires et biens rattachés dans la mesure où les recommandations de la présente loi ne sont pas incompatibles avec des lois ou des obligations internationales existantes de l'État concernant ces biens. En cas d'incompatibilité directe, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces autres lois et obligations internationales régissent les biens en question là où il y a incompatibilité;

[h) Aux droits de propriété intellectuelle dans la mesure où les recommandations de la présente loi ne sont pas incompatibles avec des lois ou des obligations internationales existantes de l'État concernant ces biens. Un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au présent Guide devrait déterminer s'il conviendrait d'adapter certaines des recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. À cet égard, l'État devrait examiner ses lois existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux en la matière et, dans les cas où les recommandations du Guide seraient directement incompatibles avec une de ces lois ou obligations, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces lois et obligations régissent la question là où il y a incompatibilité. Lorsqu'il examine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous ses aspects et tenir dûment compte à la fois de la nécessité de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et de celle d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.]

4. La loi ne devrait pas s'appliquer aux sûretés réelles mobilières portant sur:

a) Des valeurs mobilières;

b) Des immeubles, à l'exception des biens qui leur sont rattachés;

c) Des salaires;

d) [...].

III. Approches fondamentales en matière de sûretés

Objet

L'objet des recommandations relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés est de faire en sorte que la loi s'applique de manière globale et cohérente à tous les types d'opérations qui fonctionnent comme une sûreté.

Approche globale

5. La loi devrait comprendre un ensemble complet et cohérent de dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières sans dépossession sur les biens meubles corporels et incorporels. Elle devrait également comprendre des dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières avec dépossession sur les biens meubles corporels.

Approche fonctionnelle

6. La loi devrait traiter comme des opérations garanties tous les mécanismes qui remplissent des fonctions de sûreté, y compris le transfert de la propriété de biens meubles corporels ou la cession de biens meubles incorporels à titre de garantie, la réserve de propriété, les crédits-bails et les accords de location-vente, sauf dans la mesure où la recommandation 7 en dispose autrement.

Approche unitaire ou non unitaire

7. La loi pourrait englober tous les mécanismes qui remplissent des fonctions de sûreté sous un concept unique de sûreté réelle mobilière ou maintenir la réserve de propriété et des mécanismes semblables dans une catégorie distincte relevant d'une autre loi en prévoyant cependant l'application dans toute la mesure possible des règles applicables aux mécanismes de sûreté.

IV. Constitution de la sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à la constitution est de spécifier de quelle manière une sûreté sur un bien meuble est constituée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Puisque les recommandations suivent une approche unitaire, le Groupe de travail souhaitera peut-être faire figurer à la fin de chaque chapitre d'autres recommandations qui suivent une approche non unitaire, conformément à la recommandation 7, ou une recommandation générale qui attirerait l'attention des législateurs sur la nécessité d'adapter les recommandations s'ils optent pour une approche non unitaire.*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière par convention

8. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière est constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti qui revêt la forme d'un écrit [signé par le constituant conformément à la recommandation 12] [qui atteste

l'intention du constituant d'octroyer une sûreté] ou s'accompagne d'une remise de la possession en vertu de cette convention et conformément à la recommandation 9.

Remise de la possession

9. La loi devrait prévoir que la possession des biens à grever est remise au créancier garanti ou à un tiers (autre que le constituant ou un mandataire ou un employé du constituant) qui détient les biens pour le compte du créancier garanti.

Contenu minimum de la convention constitutive de sûreté

10. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté doit, au minimum, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire raisonnablement l'obligation garantie et les biens devant être grevés. Une description générique de l'obligation garantie et des biens grevés devrait être suffisante.

Forme

11. La loi devrait spécifier qu'une communication électronique satisfait à l'exigence d'un écrit si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).

12. [La loi devrait aussi spécifier que, sauf si elle en dispose autrement, lorsqu'elle exige la signature d'une personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier cette personne et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière (voir l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).]

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

13. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures, les obligations conditionnelles et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également spécifier qu'une telle sûreté peut être octroyée sur tous les types de biens, y compris des fractions de biens, des droits indivis sur des biens et des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne peut pas encore disposer ou qui n'existent pas encore au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, ainsi que sur le produit. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement décrites dans la loi.

Créances de sommes d'argent

Efficacité d'une cession entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur en compte

14. La loi devrait prévoir que la cession de créances non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a

effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur en compte à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

Efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité

15. La loi devrait prévoir que:

a) Une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur en compte nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur en compte ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

b) Si une autre loi impose une obligation ou responsabilité quelconque au cédant pour la violation d'une telle convention, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naissent les créances cédées ou le contrat de cession;

c) Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail pourrait examiner si la recommandation 15, qui s'inspire de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession, ne devrait s'appliquer qu'aux créances de sommes d'argent énumérées au paragraphe 3 de cet article, à savoir les créances:*

a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.]

Transfert de droits garantissant les créances cédées

16. La loi devrait prévoir que:

a) Les sûretés personnelles ou réelles garantissant ou tendant à assurer le paiement de la créance cédée sont transférées au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert. Si, en vertu de la loi régissant la sûreté, celle-ci est transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert, le cédant a l'obligation de la transférer, ainsi que son produit, au cessionnaire;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il sera expliqué dans le commentaire sur cette recommandation que la première phrase correspond à la règle selon laquelle les sûretés accessoires suivent automatiquement l'obligation garantie et que la seconde phrase signifie que les droits indépendants, s'ils sont transférables, exigent un acte de transfert séparé.*]

b) Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée peut être transférée nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur en compte ou une autre personne ayant constitué la sûreté, qui limite d'une manière quelconque le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté en garantissant le paiement;

c) Si une autre loi impose une obligation ou responsabilité quelconque au cédant pour la violation d'une telle convention, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naissent les créances cédées ou le contrat de cession;

d) Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la recommandation 16, qui s'inspire de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession, ne devrait s'appliquer qu'aux créances de sommes d'argent énumérées au paragraphe 4 de cet article (qui sont les mêmes que celles énumérées au paragraphe 3 de l'article 9 reproduit dans la recommandation 15 ci-dessus).*]

Principe de protection du débiteur en compte

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations 17 à 23 se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

17. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur en compte n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur en compte doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur en compte est situé.

Notification de la cession au débiteur en compte

18. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur en compte, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci

d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial;

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification et la notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur en compte

19. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur en compte est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur en compte est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu;

h) La présente recommandation n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en compte à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur en compte

20. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur en compte une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur en compte peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession;

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur en compte peut, en vertu des recommandations 15 et 16, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur en compte contre le cessionnaire.

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

21. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur en compte peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 20. Une telle convention empêche le débiteur en compte d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur en compte ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité;

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur en compte. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 22.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 21 se fonde sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui mentionne un écrit signé uniquement pour l'acte de renonciation au droit d'opposer des exceptions ou sa modification. Si le Groupe de travail décide de ne pas mentionner la signature dans la recommandation 8, il souhaitera peut-être reconsidérer la mention de la signature dans la recommandation 21*.]

Modification du contrat initial

22. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur en compte qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur en compte qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat;

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

23. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur en compte à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

[Instruments négociables [et autres obligations qui ne soient pas des obligations de paiement]

24. La loi devrait prévoir que, si une sûreté a été valablement constituée sur un instrument négociable, le créancier garanti a également une sûreté sur les droits accessoires de cet instrument sans un nouvel acte de transfert. Ces droits accessoires peuvent être notamment les suivants:

a) Droits contre les cautions de l'instrument négociable; et

b) Sûretés réelles mobilières garantissant l'obligation du débiteur dans l'instrument négociable.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Dans la recommandation 24, si A obtient un billet à ordre de B garanti par C et constitue ensuite une sûreté sur ce billet en faveur de D, D obtient une sûreté également sur la garantie*.]

[Engagements de garantie indépendants

25. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le terme "produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant" est défini*.]

Comptes bancaires

26. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un compte bancaire a effet entre le créancier garanti et le constituant nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté sur ses comptes bancaires. En revanche, la sûreté est sans effet à l'égard de la banque dépositaire, cette dernière n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée sans son consentement.

27. Conformément aux lois et aux politiques en matière de protection du consommateur, la loi devrait traiter la question de savoir si et dans quelle mesure une sûreté sur un compte bancaire peut être constituée [ou être soumise aux procédures de réalisation en vertu de la présente loi] par un particulier lorsque les fonds déposés sur le compte ou le crédit octroyé à ce particulier sont destinés à ses besoins personnels, familiaux ou domestiques.

[Titres représentatifs négociables

28. La loi devrait prévoir qu'une sûreté grevant un document négociable grève également les biens meubles corporels représentés par ce document [, à condition que l'émetteur soit en possession du document, directement ou indirectement, au moment où ladite sûreté est constituée.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire pourrait expliquer que la recommandation 28 vise à exclure la nécessité de créer une sûreté distincte sur ces biens*.]

Produit

29. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à la convention constitutive de sûreté, la sûreté sur les biens grevés s'étend au produit dans la mesure où celui-ci est identifiable selon les règles relatives à la traçabilité qui figurent également dans la loi.

30. [La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 29, la sûreté ne s'étend aux fruits civils et naturels des biens grevés, tels que [...], que si les parties le prévoient dans la convention constitutive de sûreté.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Afin de tenir compte des attentes normales des parties, la recommandation 30 adopte pour les fruits civils et naturels de biens grevés une approche différente de celle suivie par la recommandation 29 en ce qui concerne d'autres types de produit (la notion de "produit", telle que définie dans la section "terminologie", inclut les fruits civils et naturels)*.]

Biens rattachés

31. La loi devrait prévoir qu'une sûreté peut être constituée ou maintenue sur des biens rattachés à des immeubles en vertu de la présente loi ou du droit immobilier ou sur des biens rattachés à des meubles qui n'ont pas perdu leur identité.

Produits finis ou masses de biens meubles corporels

32. La loi devrait prévoir aussi qu'une sûreté ne peut être créée sur des biens meubles corporels qui sont physiquement unis à d'autres biens meubles corporels de telle manière que leur identité est perdue dans un produit fini ou une masse. Toutefois, si des biens grevés deviennent partie d'un autre produit fini ou d'une autre masse, la sûreté se reporte sur le produit fini ou la masse [proportionnellement] [à concurrence de la valeur des biens grevés au moment où ils sont physiquement unis aux autres biens meubles corporels].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Dans la première variante, si la farine vaut 5 et le sucre 5, et si le gâteau vaut 100, les créanciers garantis se partagent par moitié la valeur du gâteau. Dans la deuxième variante, si la valeur du produit fini ou de la masse est supérieure à la valeur des biens meubles corporels, la sûreté se reporte uniquement sur la valeur des biens avant mélange (chacun obtient 5, le reste de la valeur 90 étant conservé pour le constituant et ses créanciers chirographaires). Si la valeur du produit fini ou de la masse est inférieure à la valeur des biens, les créanciers garantis se partagent la perte proportionnellement (par exemple si la valeur du gâteau est 8, chacun obtient 4).*]

Moment de la constitution

33. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties, une sûreté prend effet entre elles au moment où la convention constitutive est conclue ou au moment où les biens grevés sont remis au créancier garanti.

34. La loi devrait également prévoir que, sauf accord contraire des parties, une sûreté portant sur des biens futurs est constituée au moment où le constituant acquiert des droits sur ces biens ou le droit de transférer des droits sur ces biens.

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

V. Opposabilité de la sûreté 35-57

VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents 58-85

V. Opposabilité de la sûreté

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à l'opposabilité d'une sûreté est d'imposer une étape supplémentaire pour qu'une sûreté puisse devenir opposable aux tiers de manière:

a) À avertir les tiers effectuant des opérations sur les biens meubles du constituant du risque que ces biens soient grevés d'une sûreté; et

b) À fixer une référence temporelle pour l'établissement des rangs de priorité entre les créanciers garantis et entre un créancier garanti et d'autres catégories de réclamants concurrents.

Modes d'opposabilité

35. La loi devrait prévoir qu'une sûreté n'est opposable aux tiers que si l'une des formalités ci-après est accomplie:

a) Inscription d'un avis de constitution de la sûreté dans un registre général des sûretés;

b) Dépossession du constituant si les biens grevés sont des biens meubles corporels individualisés;

[c) Transfert du contrôle au créancier garanti si les biens grevés sont [certaines obligations incorporelles, autres que des créances de sommes d'argent, dues au constituant par un tiers] [un compte bancaire];]

d) Inscription d'un avis de constitution de la sûreté dans un registre spécialisé de la propriété si les biens grevés sont des biens meubles individualisés pour lesquels la propriété est établie, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, par voie d'inscription dans un tel registre;

e) Notation de la sûreté sur le certificat de propriété si les biens grevés sont des biens meubles corporels individualisés pour lesquels, en vertu d'une autre loi de l'État adoptant, la propriété est attestée par un certificat; [ou

f) …].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner des modes supplémentaires d'opposabilité (par exemple opposabilité automatique dès la constitution d'une sûreté sur des biens de consommation). Il souhaitera peut-être aussi examiner si, dans le cas de biens soumis à inscription dans un registre spécialisé ou à un système de notation sur le certificat de propriété, il faudrait aussi exiger, en plus de l'inscription dans un registre spécialisé ou de la notation sur le certificat de propriété, l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. L'avantage d'une telle exigence d'inscription supplémentaire serait qu'une recherche dans le registre des sûretés révélerait toutes les sûretés sur un grand nombre de biens, y compris celles qui sont soumises à un système d'inscription spécialisé.*]

36. La loi devrait confirmer que différents modes d'opposabilité peuvent être utilisés pour différents biens individualisés ou types de biens, qu'ils soient ou non grevés en vertu de la même convention constitutive de sûreté ou de conventions distinctes.

Établissement et caractéristiques d'un registre général des sûretés

37. La loi devrait prévoir l'établissement d'un registre général des sûretés ayant les caractéristiques ci-après:

a) L'inscription est effectuée par le dépôt d'un avis de constitution de la sûreté, et non d'une copie des documents relatifs à la sûreté;

b) Le fichier du registre est centralisé, c'est-à-dire qu'il contient tous les avis de constitution de sûretés inscrits en vertu de la loi sur les opérations garanties de l'État adoptant;

c) Le système d'inscription est établi de façon à permettre l'indexation et la recherche des avis suivant le nom du constituant ou suivant quelque autre élément fiable d'identification de celui-ci;

d) Le registre est ouvert au public;

e) Un accès raisonnable du public au registre est assuré par des mesures telles que:

i) La fixation de redevances au prix coûtant pour l'inscription et la recherche; et

ii) La création de modes ou de points d'accès à distance;

f) Le système d'inscription est administré et organisé pour faciliter une inscription et une recherche efficaces. En particulier:

i) Un avis peut être enregistré sans vérification ni examen approfondi de la suffisance de son contenu;

ii) Si les capacités financière et infrastructurelle de l'État adoptant le permettent, les avis sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatisée;

iii) Si les capacités financière et infrastructurelle de l'État adoptant le permettent, les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche ont accès au fichier du registre par des moyens

électroniques ou autres similaires, y compris l'échange de données informatisées, le courrier électronique, le télex, le téléphone ou la télécopie; et

g) La loi fixe des règles d'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche.

Teneur exigée de l'avis inscrit

38. Pour qu'une inscription produise ses effets juridiques, la loi devrait exiger que l'avis inscrit contienne seulement les informations suivantes:

a) Les noms (ou autres éléments d'identification fiables) du constituant et du créancier garanti, ainsi que leur adresse;

b) Une description des biens meubles visés par l'avis;

c) La durée de l'inscription; et

[d) Une déclaration du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée [si l'État estime que cette information est nécessaire pour faciliter des prêts subordonnés.]

Caractère juridiquement suffisant du nom du constituant dans un avis inscrit

39. La loi devrait prévoir que le nom ou un autre élément d'identification du constituant figurant sur un avis inscrit est juridiquement suffisant s'il est possible de retrouver cet avis en effectuant une recherche dans le fichier du registre à partir du nom exact ou un autre élément d'identification du constituant. À cet effet, la loi devrait spécifier des règles pour déterminer le nom exact ou un autre élément d'identification des personnes physiques et des personnes morales.

Caractère juridiquement suffisant de la description des biens visés par un avis inscrit

40. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis inscrit est juridiquement suffisante si elle permet à un tiers de distinguer ces biens des autres biens du constituant.

41. Si les biens visés par l'avis consistent en une catégorie ou des catégories génériques de biens meubles, la loi devrait confirmer qu'une description générique est juridiquement suffisante.

42. Si les biens visés par l'avis sont tous les biens meubles présents et à venir du constituant, la loi devrait confirmer que la description des biens grevés par une expression du type "l'ensemble des biens meubles" est juridiquement suffisante.

Inscription anticipée

43. La loi devrait confirmer qu'une inscription peut être faite avant ou après la constitution de la sûreté à laquelle elle se rapporte.

Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

44. La loi devrait confirmer qu'une seule inscription suffit pour les sûretés constituées par l'ensemble des conventions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles couvrent des biens meubles individualisés ou des types de biens meubles qui entrent dans la description figurant dans l'avis inscrit.

Durée et renouvellement de l'inscription

45. La loi devrait spécifier la durée de l'inscription ou autoriser la personne qui inscrit l'avis à choisir cette durée lors de l'inscription. La loi devrait prévoir le droit de renouveler une inscription plusieurs fois.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, si le système d'inscription autorise les avis sur papier ou exige qu'un avis, sur papier ou sous forme électronique, soit vérifié avant d'être incorporé dans le fichier, un certain laps de temps s'écoulera entre le moment de la réception de l'avis par le conservateur du registre et le moment où cet avis sera incorporé dans le fichier et deviendra accessible aux personnes effectuant une recherche. La question ici est de savoir quand l'inscription devrait prendre effet, à savoir au moment de la réception de l'avis par le conservateur ou au moment où celui-ci est intégré dans le fichier et devient accessible aux utilisateurs. Dans le premier cas, une recherche ne fera pas apparaître toutes les inscriptions ayant effet juridiquement. Dans le second cas, la partie qui inscrit un avis est exposée au risque associé à tout retard. Dans un système entièrement électronique qui n'exige pas de vérification des données inscrites par le conservateur du registre, le laps de temps entre la réception des données par ce dernier et leur mise à disposition des utilisateurs est minime et ce problème est considérablement réduit.*]

Radiation de l'inscription

46. La loi devrait adopter une procédure simplifiée pour permettre au constituant de faire radier une inscription si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre les parties ou si la sûreté est éteinte en raison du paiement intégral ou de l'exécution complète de toutes les obligations garanties. La loi devrait aussi autoriser la radiation d'une inscription par accord du créancier garanti et du constituant.

Autres droits soumis à inscription

47. La loi devrait prévoir que les droits ci-après ne sont opposables aux tiers que si un avis les concernant est inscrit dans le registre général des sûretés:

[a) Le droit de propriété dont jouit un créancier en vertu d'une réserve de propriété garantissant le paiement du prix d'achat de biens meubles corporels ou en vertu d'un mécanisme économiquement équivalent comme un crédit-bail ou un accord de location-vente;] et

b) Le droit d'un cessionnaire découlant d'une cession pure et simple de créances de sommes d'argent;

[c) La loi peut aussi autoriser l'inscription d'un avis concernant les droits ci-après afin qu'ils deviennent opposables aux tiers:

i) Le droit dont jouit un bailleur en vertu d'un bail, autre qu'un crédit-bail, dont la durée est supérieure à un an;

ii) Le droit d'un déposant qui, dans le cadre d'une activité commerciale, remet les biens meubles corporels à un dépositaire chargé de les vendre en son nom, à condition que ce dernier ne soit ni commissaire-priseur ni un dépositaire n'agissant pas ès qualités dans le cours normal des affaires; et

iii) Le droit d'un acheteur découlant d'une vente réalisée en dehors du cours normal des affaires du vendeur lorsque ce dernier reste en possession des biens meubles corporels pendant plus de [trente] [soixante] [quatre-vingt-dix] jours;]

Dépossession du constituant

48. La loi devrait prévoir que, pour qu'une sûreté avec dépossession soit opposable aux tiers, la dépossession du constituant doit être effective et non présumée, fictive ou symbolique. La dépossession n'est suffisante que s'il est possible à un tiers objectif de conclure que le constituant n'est effectivement pas en possession des biens grevés. L'entiercement ne constitue une dépossession suffisante que si le tiers convenu n'est pas un mandataire ou un employé du constituant et possède les biens grevés pour le créancier garanti ou en son nom.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le Guide ne contient aucune recommandation sur l'opposabilité des sûretés sur des instruments négociables. Des recommandations relatives à des biens particuliers ne sont formulées que lorsque les recommandations générales ne leur sont pas applicables (à l'exception de la recommandation 70, qui a été incluse pour compléter les recommandations sur la priorité des sûretés grevant des biens rattachés). Les recommandations sur les instruments négociables, les engagements de garantie indépendants et les documents négociables figurent entre crochets car le Groupe de travail n'a pas encore décidé si ces types de biens devraient être traités dans le Guide.*]

Engagements de garantie indépendants

49. [La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant peut être rendue opposable aux tiers:

a) Par prise de contrôle;

b) Par prise de possession du texte original de l'engagement si sa présentation est une condition exigée pour obtenir paiement;

c) Par inscription sur le registre des sûretés d'un avis concernant le produit ou la créance de somme d'argent sous-jacente; ou

d) Automatiquement dès constitution d'une sûreté sur la créance de somme d'argent garantie par un tel engagement.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Selon la définition de "contrôle" qui figure dans la section "terminologie", le créancier garanti contrôle un engagement de garantie indépendant: i) si l'émetteur/garant ou la personne désignée payant le produit est le créancier garanti; ii) si l'émetteur/garant ou la personne désignée*

payant le produit a reconnu la sûreté sur le produit du tirage de l'engagement; ou iii) si le créancier garanti est le bénéficiaire. Dans le troisième mode de contrôle, entre l'émetteur/garant ou la personne désignée payant le produit et le créancier garanti, c'est ce dernier qui est le bénéficiaire de l'engagement de garantie indépendant. Il se peut que, entre le constituant et le créancier garanti, ce dernier soit convenu de traiter le produit comme un bien grevé. Une telle convention est sans incidence sur la relation entre l'émetteur/garant ou la personne désignée payant le produit et le bénéficiaire (créancier garanti). Elle donne seulement au créancier garanti le "contrôle" aux fins d'opposabilité de ses droits.]

Comptes bancaires

50. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un compte bancaire peut être rendue opposable aux tiers par inscription d'un avis sur le registre des sûretés ou par prise de contrôle dudit compte.

51. Si le créancier garanti et l'institution dépositaire sont la même personne, la loi devrait prévoir que le créancier garanti acquiert automatiquement le contrôle dès que la sûreté est constituée.

Titres représentatifs négociables

52. [La loi devrait prévoir qu'aux fins de l'opposabilité d'une sûreté avec dépossession sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable la remise de ce document au créancier garanti constitue une dépossession effective du constituant durant la période pendant laquelle ces biens sont couverts par le document.

53. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un document négociable est opposable aux tiers, la sûreté correspondante sur les biens meubles corporels représentés par le document leur est également opposable.]

Produit

54. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur des biens grevés est opposable aux tiers, la sûreté sur le produit leur est opposable dès qu'elle est constituée à condition que:

a) La sûreté sur les biens grevés ait été rendue opposable par inscription [et que le produit soit un type de bien pour lequel une sûreté peut être rendue opposable par inscription];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'alinéa a) ne s'appliquerait pas, par exemple, à une sûreté sur des stocks rendue opposable par prise de possession, bien que la sûreté sur le produit sous la forme de créances de sommes d'argent doive être inscrite*.]

b) Le produit prenne la forme d'argent, [d'instruments négociables, de titres représentatifs négociables,] ou de comptes bancaires;

c) Lorsque ni l'alinéa a) ni l'alinéa b) ne s'appliquent, la sûreté sur le produit soit opposable aux tiers pendant [...] jours et de manière permanente par la suite si elle est rendue opposable par un des modes mentionnés dans la recommandation 35.

Biens rattachés

55. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles ou à des biens meubles est rendue opposable aux tiers par l'un des modes mentionnés dans la recommandation 35. En ce qui concerne les sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles, la loi devrait prévoir que l'inscription en vertu de ses dispositions n'empêche pas l'inscription en vertu du droit immobilier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: S'agissant des sûretés sur des biens rattachés à des immeubles, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une inscription dans le registre immobilier devrait être requise*.]

56. Si une sûreté est opposable aux tiers au moment où les biens grevés sont rattachés à des biens meubles, la sûreté sur les biens grevés reste opposable.

Produits finis ou masses de biens meubles corporels

57. Si une sûreté est opposable aux tiers au moment où les biens grevés sont physiquement unis à d'autres biens meubles corporels de telle manière que leur identité est perdue dans un produit fini ou dans une masse de biens meubles corporels, la sûreté sur le produit fini ou sur la masse reste opposable.

VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à la priorité est de:

a) Permettre à un créancier garanti éventuel de déterminer, de manière efficace et avec un degré élevé de certitude avant de consentir un crédit, le rang de priorité qu'auraient les sûretés par rapport à des réclamants concurrents; et

b) Permettre aux constituants de créer plus d'une sûreté sur le même bien et de tirer ainsi parti de toute la valeur de leurs biens pour obtenir plus facilement des crédits.

Portée des règles de priorité

58. La loi devrait comporter un ensemble complet de règles de priorité couvrant tous les conflits possibles de priorité.

Obligations garanties concernées

59. La loi devrait prévoir que la priorité accordée à une sûreté:

a) S'applique à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires dues au créancier garanti [à concurrence d'un montant monétaire maximum indiqué dans l'avis inscrit], y compris le principal, les frais, les intérêts et les droits, dans la mesure garantie par la sûreté; et

b) N'est pas modifiée par la date à laquelle une avance ou une autre obligation garantie par la sûreté est consentie ou souscrite (autrement dit une sûreté peut garantir des avances futures dans le cadre d'un crédit avec la même priorité que

des avances faites dans le cadre de ce même crédit au moment où la sûreté est rendue opposable aux tiers).

Priorité sur les biens à venir

60. La loi devrait spécifier qu'une sûreté sur les biens du constituant acquis ou créés ultérieurement a la même priorité qu'une sûreté sur les biens du constituant qui existent ou lui appartiennent au moment où la sûreté est rendue opposable aux tiers.

Instruments négociables

61. [La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable aux tiers par un mode autre que la prise de possession de l'instrument par le créancier garanti a un rang inférieur aux droits d'un acquéreur, d'un autre créancier garanti ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré dans une opération contractuelle qui:

a) Soit remplit les conditions requises pour être considéré comme un porteur protégé conformément à la loi régissant les instruments négociables];

b) Soit prend possession de l'instrument négociable de bonne foi et sans savoir que le transfert a été effectué en violation des droits du titulaire de la sûreté.]

Engagements de garantie indépendants

62. [La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable aux tiers:

a) Par prise de contrôle a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis;

b) Par acceptation a priorité sur une sûreté rendue opposable par tout mode autre que la prise de contrôle dans la mesure où le produit est payable conformément aux conditions de cette acceptation; en cas d'acceptations contradictoires données par la même personne, le premier créancier garanti à avoir obtenu cette acceptation a la priorité;

c) Par prise de possession a priorité sur une sûreté rendue opposable aux tiers automatiquement dès sa constitution ou par inscription; et

d) Automatiquement après constitution a priorité, conformément à son rang de priorité sur la créance de somme d'argent sous-jacente et sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, sur une sûreté rendue opposable aux tiers par inscription.]

Comptes bancaires

63. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un compte bancaire qui a été rendue opposable aux tiers par prise de contrôle a priorité sur une sûreté grevant ce même compte rendue opposable par un autre mode. Si la banque dépositaire est le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté.

64. La loi devrait prévoir que le droit de la banque dépositaire d'effectuer une compensation entre le compte bancaire et les obligations dont le constituant lui est

redevable a priorité sur la sûreté d'un créancier garanti autre qu'un créancier garanti ayant pris contrôle du compte bancaire en devenant client de la banque dépositaire pour le compte en question.

65. Lorsque le constituant transfère des fonds à partir d'un compte bancaire, le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté [sauf s'il sait que ce transfert est effectué en violation des clauses de la convention constitutive de sûreté et qu'il sort du cours normal des affaires du constituant].

Documents négociables

66. [La loi devrait prévoir que, lorsque les biens meubles corporels sont en possession d'une personne ayant émis un document négociable les concernant, une sûreté sur ces biens devenue opposable aux tiers du fait qu'une sûreté sur le document négociable a été rendue opposable a priorité sur une autre sûreté grevant les biens en question rendue opposable par un autre mode [alors que les biens étaient en possession de l'émetteur ou [...]] [alors que le titre représentatif est en circulation].

67. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable et sur les biens meubles corporels qu'il représente est soumise aux droits prévus par la loi régissant les documents négociables, d'une personne à laquelle ce document a été dûment transféré.]

Produit

68. La loi devrait prévoir que la priorité d'un créancier garanti sur un bien grevé s'étend au produit de ce bien sous réserve des conditions énoncées à la recommandation 54.

Biens rattachés et produits finis ou masses de biens meubles corporels

69. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles qui a été rendue opposable aux tiers conformément au droit immobilier a priorité sur un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur ces biens rattachés rendue opposable par un des modes mentionnés dans la recommandation 55.

70. La loi devrait prévoir que la priorité des sûretés sur des biens rattachés à des biens meubles est régie par les règles générales applicables aux biens meubles.

71. La loi devrait énoncer des règles régissant la priorité des sûretés sur les biens meubles corporels qui sont physiquement unis à d'autres biens meubles corporels de telle manière que leur identité est perdue dans un produit fini ou dans une masse de biens meubles corporels.

Maintien de la priorité lorsque l'opposabilité est assurée par différents modes

72. La loi devrait prévoir que, si une sûreté est rendue opposable aux tiers par un mode et qu'elle l'est également par un autre mode, la priorité remonte au moment où le premier mode a été utilisé [à condition qu'aucun laps de temps ne sépare l'utilisation du premier et du deuxième mode].

Priorité des sûretés non opposables aux tiers

Créanciers chirographaires

73. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté qui n'est pas opposable [n'a de droits à l'égard des tiers qu'en tant que créancier chirographaire] [a priorité sur les créanciers chirographaires, à moins que ces derniers n'aient agi pour obtenir une décision judiciaire concernant leur créance ou que le constituant ne soit devenu insolvable].

Créanciers garantis

74. La loi devrait prévoir:

a) Qu'une sûreté sur un bien qui n'est pas opposable aux tiers a un rang inférieur à une sûreté constituée sur le même bien qui est opposable aux tiers, indépendamment de l'ordre dans lequel les sûretés ont été constituées; et

b) Que l'ordre de priorité des sûretés qui ne sont pas opposables aux tiers est déterminé par l'ordre dans lequel elles ont été constituées.

Priorité des sûretés opposables aux tiers

Créanciers chirographaires

75. La loi devrait prévoir qu'une sûreté qui est opposable aux tiers a priorité sur les droits de créanciers chirographaires.

Créanciers garantis

76. La loi devrait prévoir:

a) Que sous réserve des dispositions de la recommandation [relative à la priorité des mécanismes de financement d'acquisitions], lorsque deux sûretés opposables grèvent le même bien, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel ont été respectivement effectuées les formalités destinées à les rendre opposables, même si une ou plusieurs des conditions de constitution n'étaient pas remplies à ce moment-là. Si l'une des sûretés est rendue opposable aux tiers par prise de possession ou de contrôle du bien grevé, il incombera au titulaire de cette sûreté d'établir le moment où il a obtenu cette possession ou le contrôle;

b) Que, lorsqu'une sûreté peut être rendue opposable aux tiers par prise de contrôle, celle-ci a priorité sur une sûreté rendue opposable aux tiers par tout autre mode.

Créanciers judiciaires

77. La loi devrait prévoir que, si en vertu de la loi applicable un créancier judiciaire ayant pris des mesures pour faire exécuter le jugement acquiert des droits sur des biens du débiteur judiciaire, une sûreté opposable aux tiers a priorité sur les droits du créancier judiciaire qui s'est inscrit après que la sûreté est devenue opposable, sauf pour ce qui est des montants avancés par le créancier garanti après un nombre de jours spécifié suivant la date à laquelle le créancier judiciaire a inscrit un avis relatif à ses droits.

Acquéreurs de biens grevés

78. La loi devrait prévoir que le droit d'un acquéreur de biens meubles corporels est subordonné à une sûreté qui est devenue opposable aux tiers avant la vente, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé cette vente. Toutefois, une personne qui achète des stocks grevés dans le cours normal des affaires du vendeur (et quiconque dont les droits sur les stocks grevés découlent de cette personne) acquiert ces stocks libres de toute sûreté opposable aux tiers, même si elle a connaissance de l'existence de la sûreté.

Droits de revendication

79. Si la loi prévoit que les fournisseurs de biens meubles corporels ont le droit de revendiquer ceux-ci dans un délai spécifié après que l'acheteur est devenu insolvable, elle devrait aussi prévoir que ce délai doit être bref et que le droit de revendiquer les biens est subordonné aux sûretés opposables aux tiers que l'acheteur a consenties sur ces biens.

Preneurs à bail

80. La loi devrait traiter de la priorité d'une sûreté opposable grevant un bien loué par rapport aux droits d'un preneur à bail de ce bien.

Porteurs de billets à ordre et de documents négociables

81. La loi devrait prévoir [qu'une personne qui en vertu d'une autre loi acquiert des droits sur un billet à ordre ou un document négociable libre de tous droits] [que le porteur légitime d'un billet à ordre ou d'un document négociable] prend ce bien libre de toute sûreté opposable aux tiers.

Titulaires de droits sur une somme d'argent

82. La loi devrait prévoir qu'une personne en possession d'une somme d'argent détient celle-ci libre de toute sûreté [si elle donne une contrepartie en échange de cette somme ou ne sait pas que cette somme lui a été transférée en violation des clauses d'une convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des détenteurs de sommes d'argent en vertu d'une loi autre que la présente loi].

Créanciers légaux (privilégiés)

83. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées qui ont priorité sur des sûretés opposables aux tiers et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise.

Titulaires de droits acquis sur des biens pour leur amélioration et leur stockage

84. Si la loi applicable confère des droits équivalents à des sûretés à un créancier qui a valorisé des biens meubles corporels (par exemple en les réparant) ou en a préservé la valeur (par exemple en les stockant), ces droits devraient être limités aux biens en possession dudit créancier dont la valeur a été augmentée ou préservée et ne devraient primer les sûretés antérieures sur les mêmes biens qui sont opposables

aux tiers que dans la mesure où la valeur ajoutée par l'amélioration ou la conservation des biens profite directement aux titulaires de ces sûretés antérieures.

Créanciers dans une procédure d'insolvabilité

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir recommandation I dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité: "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, une autre créance se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 88 du Guide sur l'insolvabilité."*]

Accords de cession de rang

85. La loi devrait prévoir que le titulaire d'une sûreté prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: En ce qui concerne les accords de cession de rang en cas d'insolvabilité du constituant, voir recommandation J dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité: "La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté sur un actif entrant dans la masse de l'insolvabilité a renoncé unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant.*"]

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2

Rapport du Secrétaire général: recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

VII. Droits et obligations des parties avant défaillance 86-87

VIII. Défaillance et réalisation 88-124

VII. Droits et obligations des parties avant défaillance

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance est:

a) D'énoncer des règles sur les clauses supplémentaires à insérer dans une convention constitutive de sûreté pour rendre les opérations garanties plus efficaces et plus prévisibles;

b) De réduire le coût des opérations en évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger des clauses à insérer dans la convention constitutive de sûreté, lorsque ces règles constituent une base acceptable sur laquelle s'entendre;

c) De réduire les risques de litiges;

d) De fournir un outil d'aide à la rédaction ou une liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder lorsqu'elles négocieront et concluront la convention constitutive de sûreté; et

e) D'encourager l'autonomie des parties.

Autonomie des parties

86.

Variante A

La loi devrait autoriser les parties à renoncer à leurs droits et obligations ou à les modifier, à moins qu'une telle renonciation ou modification ne soit contraire à l'ordre public ou ne protège pas les tiers de façon satisfaisante.

Variante B

La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de [spécifier les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ou qui ne peuvent être modifiées par convention], le créancier garanti et le constituant peuvent déroger à ses dispositions

relatives à leurs droits et obligations respectifs ou modifier ces dispositions par convention. Une telle convention devrait être sans incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier la formulation de la recommandation relative à l'autonomie des parties et examiner si elle devrait être placée dans ce chapitre ou dans le chapitre sur le champ d'application et les dispositions générales. Il voudra peut-être aussi examiner, en même temps que la présente recommandation, les recommandations sur l'autonomie des parties qui figurent dans le chapitre VIII.*]

Règles supplétives

87. La loi devrait comprendre des règles supplétives non impératives qui s'appliqueraient en l'absence de convention contraire des parties. Ces règles devraient notamment:

a) Prévoir que soit le constituant soit le créancier garanti en possession devra prendre soin des biens grevés;

b) Préserver les sûretés sur les biens grevés, y compris le droit au produit ou aux fruits civils tirés des biens grevés;

c) Prévoir le droit pour le constituant de continuer d'exploiter son entreprise, y compris le droit d'utiliser les biens grevés, de les mélanger et d'en disposer dans le cours normal des affaires; et

d) Assurer l'extinction d'une sûreté une fois que l'obligation qu'elle garantit a été payée ou exécutée d'une autre manière.

VIII. Défaillance et réalisation

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à la défaillance et à la réalisation est:

a) De prévoir des procédures claires et simples permettant de réaliser des sûretés de façon prévisible et efficace après défaillance du débiteur;

b) De prévoir des procédures permettant de maximiser la valeur de réalisation potentielle des biens grevés pour le constituant, le créancier garanti et les autres créanciers du constituant;

c) De prévoir des méthodes rapides de réalisation judiciaire et, sous réserve des mesures de protection appropriées, de réalisation extrajudiciaire afin que le créancier garanti réalise la valeur des biens grevés;

d) De coordonner le régime de réalisation des sûretés avec d'autres lois régissant le recouvrement des créances sur des biens grevés, y compris avec la loi sur l'insolvabilité.

Champ d'application

88. La loi devrait prévoir que le présent chapitre ne s'applique pas à un transfert absolu de créances de sommes d'argent, sauf s'il est possible de se retourner contre le cédant en cas de défaut de paiement de la part du débiteur en compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 88 vise à bien préciser que ce chapitre ne s'applique qu'aux cessions à titre de garantie*.]

Règle générale de conduite

89. La loi devrait prévoir que toutes les parties doivent exercer leurs droits et exécuter leurs obligations conformément aux règles recommandées dans le présent chapitre de bonne foi et de manière commercialement raisonnable. Une partie qui n'observe pas les règles du présent chapitre est responsable de toute perte causée par ce manquement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le principe énoncé dans la recommandation 89 devrait s'appliquer éventuellement à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations prévus dans tous les chapitres du Guide*.]

Autonomie des parties

90. La loi devrait prévoir que la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 89 ne peut être écartée ni modifiée. Aucune autre règle recommandée dans le présent chapitre qui confère des droits au constituant ou à toute autre personne ou qui impose des obligations au créancier garanti ne peut être écartée ou modifiée par convention avant défaillance du débiteur.

91. Sous réserve des recommandations 89 et 90, la loi devrait permettre aux parties à la convention constitutive de sûreté ou à toute autre personne d'écarter ou de modifier par convention les règles recommandées dans le présent chapitre après défaillance du débiteur. Cette convention est sans incidence sur les droits d'une personne qui n'y est pas partie. Il incombe à la personne contestant cette convention de montrer que celle-ci a été conclue avant la défaillance ou était contraire aux recommandations 89 ou 90.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La formule "sous réserve des recommandations..." vise à indiquer clairement que la règle générale de conduite posée dans la recommandation 89 s'applique et ne peut être écartée ni modifiée. L'ordre public n'est pas mentionné, car la règle prévue dans la recommandation 89 reflétera les règles d'ordre public de l'État adoptant ces recommandations. Le Groupe de travail pourrait peut-être aussi envisager d'ajouter dans la recommandation 91 le texte ci-après: "La loi devrait prévoir que la disposition des biens grevés suivant une méthode prévue dans la convention constitutive de sûreté est commercialement raisonnable à moins que la partie contestant cette disposition n'établisse qu'elle était manifestement déraisonnable". Une telle convention peut être conclue avant ou après la défaillance et viserait à indiquer comment un créancier garanti doit s'acquitter de l'obligation de disposer d'un bien grevé de manière commercialement raisonnable*.]

Droits et voies de droit après défaillance

92. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant et le créancier garanti bénéficient des droits et voies de droit prévus dans les règles recommandées dans le présent chapitre, dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires à ces règles) et dans toute autre loi.

Voies de droit du créancier garanti

93. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes:

a) Obtenir la possession des biens meubles corporels grevés;

b) Procéder au recouvrement des biens grevés qui revêtent la forme de créances de sommes d'argent, d'instruments négociables, de comptes bancaires ou de produits du tirage d'engagements de garantie indépendants;

c) Exercer ses droits en vertu de documents négociables;

d) Vendre, louer ou mettre sous licence les biens grevés ou en disposer d'une autre manière;

e) Proposer au constituant de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle des obligations garanties; et

f) Toute autre voie de droit prévue dans la convention constitutive de sûreté (sauf si elle est contraire aux règles recommandées dans le présent chapitre) ou dans toute autre loi.

Voies de droit du constituant

94. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant peut exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes:

a) À tout moment après la défaillance et avant que le créancier garanti ne dispose des biens grevés, ne se les fasse attribuer ou ne les mette en recouvrement, payer intégralement l'obligation garantie, y compris les intérêts et frais de réalisation comptés jusqu'à complet paiement, et obtenir la libération des biens grevés;

b) Saisir le tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'est pas acquitté ou ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des règles recommandées dans le présent chapitre en ce qui concerne la réalisation extrajudiciaire;

c) Rejeter la proposition du créancier garanti de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle des obligations garanties dans les délais prescrits par les règles recommandées dans le présent chapitre; et

d) Toute autre voie de droit prévue dans la convention constitutive de sûreté (sauf si elle est interdite par les règles recommandées dans le présent chapitre) ou dans toute autre loi.

Choix des voies de droit

95. La loi devrait prévoir que l'exercice d'une voie de droit n'empêche pas l'exercice d'une autre voie de droit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La présente recommandation vise à la fois le cas où l'exercice d'une ou de plusieurs voies de droit n'a pas abouti à l'exécution complète de l'obligation garantie et le cas où un créancier ou un constituant a commencé à utiliser une voie de droit puis opte pour une autre. Par exemple, un créancier peut notifier la tenue d'une vente aux enchères et choisir ensuite d'engager plutôt une action judiciaire.*]

Autres voies de droit

96. La loi devrait prévoir que l'exercice, conformément à ses dispositions, de voies de droit en ce qui concerne les biens grevés n'empêche pas une partie d'exercer les voies de droit qui s'offrent à elles pour l'obligation garantie.

Libération des biens grevés après paiement complet intégral

97. La loi devrait prévoir qu'après défaillance et avant que le créancier garanti ne dispose des biens grevés, ne se les fasse attribuer ou ne les mette en recouvrement, le débiteur, le constituant ou toute autre partie intéressée (par exemple, un créancier garanti de rang inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) a le droit de payer l'obligation garantie dans son intégralité, y compris les intérêts et frais de réalisation comptés jusqu'à complet paiement. La loi devrait spécifier que ce paiement a pour effet de libérer les biens grevés ou, dans la mesure où le prévoit une autre loi, de subroger toute autre partie intéressée effectuant le paiement dans les droits du créancier garanti.

Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

98. La loi devrait permettre au créancier garanti après défaillance:

a) De recourir à un tribunal ou une autre autorité pour réaliser sa sûreté; ou

b) De réaliser sa sûreté sans recourir à un tribunal ou une autre autorité.

[Notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire

99. La loi devrait:

a) Déterminer si, quand et à qui un créancier garanti est tenu de notifier son intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire d'une sûreté après défaillance;

b) Indiquer la manière dont la notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être ainsi que son contenu minimal et préciser si la notification [au constituant] devrait contenir un décompte du montant dû et une description des mesures que le débiteur ou le constituant doit prendre pour obtenir la libération des biens grevés conformément à la recommandation 97;

c) Prévoir que la notification devrait être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu, par exemple la langue de la convention constitutive de sûreté;

d) Déterminer si la notification doit être inscrite dans le registre des sûretés;

e) Déterminer les conséquences juridiques de notifications insuffisantes ou erronées; et

f) Énumérer les cas dans lesquels la notification n'est pas nécessaire pour éviter un effet négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés (par exemple, biens meubles corporels périssables).]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la recommandation 99 conjointement avec les recommandations 111 et 112. Il pourrait aussi examiner si la recommandation 99, qui convient peut-être dans le cas des constituants consommateurs ou des sûretés sur des biens immeubles, pourrait involontairement donner à un constituant commerçant la possibilité de mettre des biens meubles grevés hors de portée du créancier garanti et ainsi compromettre l'objectif de la sûreté. Si le Groupe de travail juge cette hypothèse correcte, il souhaitera peut-être remplacer la recommandation 99 par un texte sur les notifications aux constituants consommateurs ou renvoyer la question à la législation sur la protection des consommateurs*.]

Objections à la réalisation extrajudiciaire

100. La loi devrait prévoir qu'aucune de ses dispositions n'empêche le débiteur, le constituant ou d'autres parties intéressées (par exemple, un créancier garanti de rang inférieur à celui du créancier garanti qui procède à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) de saisir le tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'est pas acquitté ou ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des règles recommandées dans le présent chapitre. La loi devrait prévoir des mesures de protection pour décourager les demandes dépourvues de fondement et pour éviter que la réalisation des biens grevés par le créancier garanti ne soit abusivement empêchée ou retardée.

Dépossession du débiteur

101. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à obtenir possession des biens grevés sans recours à un tribunal ou une autre autorité ou avec son aide. Dans l'un ou l'autre cas, la loi devrait prévoir une procédure accélérée par laquelle un créancier garanti puisse obtenir, sur demande *ex parte*, une décision du tribunal ordonnant au constituant soit de laisser le créancier prendre possession des biens grevés soit de conserver lesdits biens en l'état à l'endroit où ils se trouvent jusqu'à nouvel ordre du tribunal et permettre que la signification de la décision au constituant se fasse avec ou avant la notification de la demande et toute autre notification requise conformément aux règles recommandées dans le présent chapitre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Toute personne fondée à agir conformément à la recommandation 100 peut procéder ainsi*.]

Recouvrement de créances de sommes d'argent

102. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut donner pour instruction à un débiteur en compte d'une créance de somme d'argent qui est

un bien grevé de lui payer celle-ci directement ou le débiteur en compte peut, si d'autres instructions lui sont données dans la notification de la cession par le créancier garanti dans un écrit reçu par lui, payer conformément à ces instructions (pour les droits des débiteurs en compte, voir recommandations 17 à 23 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.21).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 102 suit le libellé de l'article 17-2 de la Convention des Nations Unies sur la cession*.]

103. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti de recouvrer une créance de somme d'argent l'autorise aussi à réaliser tout droit, tel qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière, tendant à assurer le paiement ou l'exécution de la créance.

Instruments négociables

104. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a le droit de demander paiement d'un instrument négociable auprès d'un obligé. Toutefois, dans leurs relations, les obligations et les droits du créancier garanti et de l'obligé ou d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables sont déterminés par cette dernière.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire donnera les exemples suivants:*

a) L'obligé peut être tenu de ne payer qu'au porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et

b) Le droit de l'obligé d'opposer des exceptions à cette obligation est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.]

105. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti de demander paiement d'un instrument négociable l'autorise aussi à réaliser tout droit tel qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière tendant à assurer le paiement ou l'exécution de l'instrument.

Produit du tirage d'engagements de garantie indépendants

106. La loi devrait prévoir que les droits de réalisation d'un créancier garanti après défaillance sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant sont soumis aux droits, découlant de la loi et de la pratique régissant les engagements de garantie indépendants, de l'émetteur/garant ou de la personne désignée et de tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui les droits de tirage ont été transmis. Ni un émetteur/garant ni une banque désignée ne sont tenus de payer une personne autre que le bénéficiaire désigné, un bénéficiaire reconnu du transfert, une banque désignée ou un cessionnaire reconnu du produit. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui est un cessionnaire reconnu du produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant a le droit d'opposer cette reconnaissance à un émetteur/garant ou à une personne désignée qui conserve le produit cédé en violation de cette reconnaissance.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Pour bien montrer qu'il s'agit d'un type de bien initialement grevé et non d'un produit issu d'un type différent de bien*

grevé, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de remplacer les mots "produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant" par une formule du type "droit à paiement du bénéficiaire découlant du tirage d'un engagement de garantie indépendant".]

Comptes bancaires

107. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti qui contrôle un compte bancaire (voir recommandation 50 dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1) a le droit de réaliser sa sûreté conformément aux clauses de la convention avec la banque établissant le contrôle sans avoir à recourir à un tribunal ou à une autre autorité. Toutefois, lorsque le constituant est un particulier et que l'obligation garantie par la sûreté sur le compte bancaire a été souscrite pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques, le créancier garanti ne peut réaliser sa sûreté qu'en recourant à un tribunal ou à une autre autorité, qu'il ait ou non le contrôle du compte.

108. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui ne contrôle pas un compte bancaire n'a le droit de réaliser sa sûreté que sur décision du tribunal.

Documents négociables

109. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a le droit de se prévaloir d'un document négociable à l'encontre de l'émetteur. Toutefois, dans les relations entre le créancier garanti et l'émetteur, l'obligation de ce dernier est déterminée par la loi régissant les documents négociables.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire donnera l'exemple de l'émetteur susceptible d'être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les concernant*.]

Disposition des biens grevés

110. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit de vendre, de louer ou de mettre sous licence des biens grevés ou encore d'en disposer d'une autre manière:

a) En recourant à un tribunal ou à une autre autorité; ou

b) Sans recourir à un tribunal ou à une autre autorité.

Notification préalable concernant la disposition extrajudiciaire des biens grevés

111. La loi devrait:

a) Déterminer si, quand et à qui un créancier garanti est tenu d'adresser une notification concernant la réalisation extrajudiciaire d'un bien grevé après défaillance;

b) Indiquer la manière dont cette notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être ainsi que son contenu minimal et préciser si la notification [au constituant] devrait contenir un décompte du montant dû et autoriser le débiteur ou le constituant à obtenir la libération des biens grevés conformément à la recommandation 97;

c) Prévoir que la notification devrait être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu (il suffit qu'elle soit formulée dans la langue de la convention constitutive de sûreté);

d) Déterminer les conséquences juridiques de notifications insuffisantes ou erronées; et

e) Énumérer les cas dans lesquels la notification n'est pas nécessaire pour éviter un effet négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés (par exemple, biens meubles corporels périssables).

112. La loi devrait énoncer des règles pour faire en sorte que la notification soit donnée de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le débiteur, le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un impact négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur de réalisation potentielle des biens grevés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 111 et la recommandation 99 (qui ne convient peut-être qu'aux constituants consommateurs) se recoupant dans une large mesure, le Groupe de travail pourrait éventuellement examiner s'il faut ou non conserver la recommandation 99. Si cette dernière est conservée, il voudra peut-être examiner s'il faut l'aligner sur les recommandations 111 et 112*.]

Attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie

113. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti peut proposer de se faire attribuer, sans recourir à un tribunal ou à une autre autorité, un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

114. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui propose de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie doit notifier à l'avance cette proposition:

a) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne qui doit payer l'obligation garantie (par exemple, un garant);

b) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, avant l'envoi de la notification par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et

c) À tout autre créancier garanti qui a inscrit un avis de constitution de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant ou qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti.

115. La loi devrait prévoir que, si une personne fondée à recevoir notification conformément à la recommandation 114 fait objection par écrit [dans un délai bref, par exemple 20 jours, à compter de la date à laquelle la notification a été donnée] à une proposition tendant à ce que le créancier garanti se fasse attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa proposition mais doit disposer des biens grevés conformément aux règles régissant la disposition. Le créancier garanti devrait

toutefois avoir le droit de saisir un tribunal ou une autre autorité afin qu'il ou elle se prononce sur le caractère raisonnable de l'objection.

Produit de la réalisation excédentaire ou insuffisant

116. La loi devrait prévoir que le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter tout produit de la réalisation (frais de réalisation compris) au paiement des obligations garanties. Sous réserve des dispositions de la recommandation 117, le créancier doit verser tout excédent restant après affectation du produit au paiement des obligations aux réclamants concurrents de rang inférieur qui, avant toute répartition de cet excédent, l'ont avisé par écrit de leurs droits sur un éventuel excédent. Tout solde restant doit être remis au constituant.

117. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas ou non de litige concernant les droits d'un réclamant ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition conformément aux règles de procédure généralement applicables.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les mots "une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation" reprennent les termes de l'article 17-8 de la Convention des Nations Unies sur la cession*.]

118. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

119. La loi devrait prévoir que le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

120. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti de rang supérieur a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation engagé par un réclamant concurrent de rang inférieur à tout moment avant la disposition, l'attribution ou le recouvrement définitifs des biens grevés. Ce droit comprend le droit de choisir si la disposition éventuelle sera administrée ou non par un tribunal ou une autre autorité.

Propriété ou autre droit acquis par disposition non judiciaire

121. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti choisit de disposer d'un bien grevé sans recourir à un tribunal ou une autre autorité, la personne qui acquiert la propriété ou un autre droit sur le bien de bonne foi l'acquiert sous réserve des droits de rang supérieur, mais libre des droits du constituant, du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur. La même règle s'applique à la propriété ou autre droit acquis par un créancier garanti qui s'est fait attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Il est question ici de la "propriété ou autre droit" puisque, dans la recommandation 110, le créancier garanti peut*

"vendre, louer ou mettre sous licence les biens grevés ou encore en disposer d'une autre manière".]

Propriété ou autres droits acquis par disposition judiciaire

122. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose des biens grevés par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, la propriété ou autre droit acquis par le bénéficiaire de la disposition devraient être déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution (pour la répartition des sommes d'argent tirées de la disposition, voir recommandation 118).

Chevauchement entre le droit des sûretés mobilières et le droit des sûretés immobilières

123. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté grevant des biens rattachés à des biens immeubles peut être réalisée conformément à la présente loi ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; et

b) Si une obligation est garantie à la fois par une sûreté sur un bien meuble et par des droits réels sur un bien immeuble, la sûreté sur le bien meuble peut être réalisée conformément à la présente loi ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles.

Coordination avec d'autres lois

124. La loi devrait être coordonnée avec les règles générales de procédure civile de façon à donner aux créanciers garantis le droit d'intervenir dans les procédures judiciaires engagées par d'autres créanciers du constituant afin de protéger leurs sûretés et d'obtenir le même rang de priorité que celui que leur confère la loi.

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

IX. Insolvabilité . . . . . .

Introduction

1. La présente note contient des recommandations extraites du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (Guide sur l'insolvabilité), précédées d'un chiffre qui correspond à la numérotation de ce guide, ainsi que des recommandations nouvelles et supplémentaires allant de A à K.

2. Les recommandations tirées du Guide sur l'insolvabilité sont celles qui portent spécifiquement sur des questions relatives au traitement des créanciers garantis et de leurs droits en cas d'insolvabilité, ainsi que celles considérées comme nécessaires pour expliquer ce traitement. Ainsi, la définition des "actifs du débiteur", par exemple, a été insérée pour montrer ce que comprendra la masse de l'insolvabilité constituée à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et, partant, quels biens seront affectés par l'ouverture de cette procédure.

IX. Insolvabilité

Recommandations

Les définitions ci-après sont extraites du glossaire du Guide sur l'insolvabilité (Introduction, par. 12):

12. c) "Actifs du débiteur[3]": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

---

[3] Aux fins du présent chapitre, le terme "débiteur" tel qu'employé dans les recommandations extraites du Guide sur l'insolvabilité devrait être interprété comme désignant une personne qui remplit les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir Guide sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. I, sect. A, par. 1 à 11 et recommandation 8). Lorsque la sûreté en question (qui garantit l'obligation du débiteur) est constituée par ce dernier, le terme "débiteur" désigne aussi le constituant. En revanche, lorsque la sûreté est constituée non pas par le débiteur mais par un tiers (sur la base d'un arrangement contractuel avec le débiteur), le terme "débiteur" désigne le tiers constituant, puisque ce n'est qu'en cas d'insolvabilité de ce tiers que le créancier est un créancier garanti titulaire d'un droit réel sur les biens grevés. En cas d'insolvabilité du débiteur non constituant, le créancier est un créancier chirographaire titulaire d'une créance non garantie contre ce débiteur.

12. ss) “Sûreté réelle”: droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d’une ou de plusieurs obligations.

[Note à l’intention du Groupe de travail: Le chapitre sur l’insolvabilité devra traiter d’autres termes employés dans le Guide sur l’insolvabilité et dans le Guide sur les opérations garanties; la définition de “sûreté réelle” et celle de “sûreté réelle mobilière”, par exemple, diffèrent dans les deux textes.]

Recommandations du Guide sur l’insolvabilité

Principaux objectifs d’une loi sur l’insolvabilité efficace et effective

1. Pour élaborer et développer une loi sur l’insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;

b) Maximiser la valeur des actifs;

c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l’insolvabilité;

f) Préserver la masse de l’insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l’insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d’incitation pour la collecte et la diffusion d’informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

4. La loi sur l’insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d’une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d’insolvabilité.

7. Pour concevoir une loi sur l’insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) à d) ...

e) Protection de la masse de l’insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l’insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s’appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d’insolvabilité;

f) à r) ...

Loi applicable à la validité et à l’opposabilité des droits et des créances

30. La loi applicable à la validité et à l’opposabilité des droits et créances existant au moment de l’ouverture de la procédure d’insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l’État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: lex fori concursus

31. La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) à i) ...

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) à n) ...

o) Le classement des créances;

p) à s) ...

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

35. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur, y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) et c) ...

Projets de recommandations supplémentaires

Approche unitaire

A. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, la partie finançant l'acquisition a les droits et les obligations d'une personne titulaire d'une sûreté.

Approche non unitaire

B. [La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur lié par une clause de réserve de propriété, un constituant ou un crédit-preneur, le vendeur, le prêteur des fonds finançant l'acquisition ou le crédit-bailleur ont les droits et les obligations d'une personne titulaire d'une sûreté.] [La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur lié par une clause de réserve de propriété, un constituant ou un crédit-preneur, le vendeur ou le crédit-bailleur ont les droits et les obligations d'un tiers propriétaire de l'actif en vertu du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.]

Traitement des actifs acquis après l'ouverture

C. Sous réserve des dispositions de la recommandation [D], la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entre pas dans l'assiette d'une sûreté créée par le constituant avant l'ouverture de la procédure.

D. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant entre dans l'assiette

d'une sûreté créée par ce dernier avant l'ouverture de la procédure si cet actif est le produit (en espèces ou sous une autre forme) d'un actif grevé qui appartenait au constituant avant l'ouverture de la procédure.

Recommandations du Guide sur l'insolvabilité

Mesures provisoires

39. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) à d) ...

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

46. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues;

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu.

Projet de recommandation supplémentaire

Opposabilité des sûretés en cas d'insolvabilité

E. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté était opposable aux tiers au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, des dispositions peuvent être prises après l'ouverture de la procédure pour conserver, préserver ou maintenir cette opposabilité dans la mesure et de la manière autorisées par la loi sur les opérations garanties[4].

---

[4] Voir note se rapportant à la recommandation 46 b) du Guide sur l'insolvabilité, qui indique ce qui suit: "Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités

Recommandations du Guide sur l'insolvabilité

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

49. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal;

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement; ou

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi, à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés

50. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

51. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

---

d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration dudit délai. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité."

c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

52. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

Projet de recommandation supplémentaire

Frais et dépenses liés au maintien de la valeur d'un actif grevé

F. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité est en droit de recouvrer, sur la valeur d'un actif grevé, les frais ou les dépenses (y compris, le cas échéant, les frais indirects) qu'il a raisonnablement engagés en vue de maintenir, de préserver ou d'accroître la valeur de l'actif grevé au profit du créancier garanti.

Recommandations du Guide sur l'insolvabilité

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés

53. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

58. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;

b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;

c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et

d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces

59. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou

b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Actifs constituant une charge

62. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

65. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

67. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés.

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture

68. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation.

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

70. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité.

71. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

72. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité. Elle devrait spécifier que:

a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et

b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

80. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) ...

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa a).

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que le rejet d'un accord de crédit ne met pas fin à la convention constitutive de sûreté ni n'éteint la sûreté.]

Projet de recommandation supplémentaire

Clauses de résiliation automatique

G. Si la loi sur l'insolvabilité prévoit l'inopposabilité au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur d'une clause contractuelle qui, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou lors d'un autre événement lié à l'insolvabilité, met automatiquement fin à toute obligation découlant d'un contrat ou en accélère l'échéance, elle devrait alors spécifier qu'une telle disposition ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au débiteur ou à son profit.

Recommandations du Guide sur l'insolvabilité

Annulation de sûretés réelles

88. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Contrats financiers

103. Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

Participation des créanciers

126. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Droit d'être entendu et de former un recours

137. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel

138. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

Approbation par classe

150. Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151. Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

Homologation d'un plan approuvé

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

153. Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Projet de recommandation supplémentaire

Évaluation des actifs grevés dans une procédure de redressement

H. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, pour déterminer la valeur de liquidation d'actifs grevés dans une procédure de redressement, il faudrait tenir compte de l'utilisation de ces actifs et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation de ces actifs peut être fondée sur leur valeur d'exploitation.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que le commentaire du Guide sur l'insolvabilité prévoit la même règle pour tous les actifs; voir par. 66, deuxième partie, chap. II, sect. B.]

Recommandations du Guide sur l'insolvabilité

Créances garanties

172. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Admission ou rejet des créances

– *Évaluation des créances garanties*

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Créances garanties

188. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

Projets de recommandations supplémentaires

Priorité d'une sûreté dans une procédure d'insolvabilité

I. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, une autre créance se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 88 du Guide sur l'insolvabilité.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire fournira des exemples d'exceptions, tels que les financements prioritaires postérieurs à l'ouverture de la procédure et les créances privilégiées.]

Effet d'un accord de cession de rang dans une procédure d'insolvabilité

J. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté sur un actif entrant dans la masse de l'insolvabilité a renoncé unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Voir recommandation 85 (WP.21/Add.1) qui énonce la règle générale concernant la cession de rang applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité.]

Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit de lois

K. La loi devrait prévoir que, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la constitution d'une sûreté, son opposabilité, sa priorité et sa réalisation sont régies par la loi qui serait applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. La présente recommandation n'a pas d'incidence sur l'application de toutes règles relatives à l'insolvabilité, y compris celles relatives à l'annulation, à la priorité ou à la réalisation des sûretés.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera la relation entre cette recommandation et les recommandations 30 et 31 du Guide sur l'insolvabilité. Il expliquera aussi que la recommandation vise les règles relatives à l'insolvabilité qu'elles aient trait, à quelque fin que ce soit, à la procédure, au fond, à la compétence ou à d'autres aspects.]

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.4

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Recommandations

X. Mécanismes de financement d'acquisitions 125-135

X. Mécanismes de financement d'acquisitions

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives aux mécanismes de financement d'acquisitions (ventes avec réserve de propriété, sûretés réelles mobilières en garantie du prix d'achat et crédits-bails) est:

a) De reconnaître l'importance du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises; et

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions, en les soumettant aux règles régissant les sûretés réelles mobilières ou à [un ensemble de règles différent mais équivalent] [certaines des règles régissant les sûretés réelles mobilières.]

Équivalence entre les mécanismes de financement d'acquisitions et les sûretés réelles mobilières

125. La loi devrait traiter les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions créées dans le cadre d'opérations telles que les ventes avec réserve de propriété, les prêts finançant le prix d'achat et les crédits-bails comme des sûretés réelles mobilières en les incluant dans la définition des "sûretés réelles mobilières" et en leur appliquant ainsi directement les règles régissant ces dernières ("approche unitaire"). Une autre possibilité serait que la loi exclue les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (ou certaines d'entre elles) de cette définition tout en les soumettant à [un ensemble de règles différent mais équivalent] [certaines des règles régissant les sûretés réelles mobilières] ("approche non unitaire"). Dans l'un ou l'autre cas, les recommandations applicables aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions devraient s'appliquer, complétées par celles applicables aux autres types de sûretés.

Constitution de sûretés en garantie du paiement d'acquisitions

126. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière est constituée par une convention entre l'acheteur, le constituant ou le crédit-preneur (ci-après dénommés "le constituant") et le vendeur, le créancier garanti ou le crédit-bailleur (ci-après dénommés "la partie finançant l'acquisition") qui revêt la forme d'un écrit et qui atteste l'intention du constituant d'octroyer une sûreté ou s'accompagne d'une

remise de la possession en vertu de cette convention et conformément à la recommandation 9. Cet écrit peut être notamment un bon de commande, une facture ou des conditions générales. Il peut aussi s'agir d'une communication électronique si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir art. 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 126 est basée sur la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21) et correspond, pour l'essentiel, à sa version précédente (voir A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1, rec. 2). Le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure une note, destinée aux États préférant l'approche non unitaire, qui pourrait être libellée à peu près comme suit: "Les États préférant suivre une approche non unitaire souhaiteront peut-être conserver une terminologie spécifique (par exemple, acheteur, vendeur, crédit-preneur, crédit-bailleur, etc.)."*]

Opposabilité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions

127. La loi devrait prévoir que, pour assurer l'opposabilité d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions sans dépossession, la partie finançant l'acquisition doit inscrire un avis concernant sa sûreté dans le registre des sûretés approprié. Si cette partie inscrit l'avis dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] à compter de la remise effective des biens meubles corporels au constituant, la sûreté devrait également être opposable à des tiers dont les droits sont nés entre la constitution de la sûreté et son inscription. Si la partie finançant l'acquisition inscrit l'avis après l'expiration de ce délai, sa sûreté est opposable aux tiers à compter de l'inscription de l'avis.

Exceptions au principe de l'inscription

128. La loi devrait prévoir que les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sans dépossession grevant des biens de consommation qui ont une valeur de revente, tels que les véhicules automobiles, les caravanes, les bateaux et les aéronefs, sont opposables aux tiers lorsqu'elles sont constituées sans qu'il soit nécessaire de les inscrire dans le registre des sûretés.

Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur d'autres types de sûretés inscrites antérieurement grevant des biens meubles corporels futurs autres que des stocks

129. Dans le cas de biens meubles corporels autres que des stocks, la loi devrait prévoir qu'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions a priorité sur une sûreté inscrite antérieurement grevant les mêmes biens (même si un avis concernant cette dernière sûreté a été inscrit dans le registre des sûretés avant que ne le soit la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions: i) si la partie finançant l'acquisition reste en possession effective desdits biens; ii) si l'avis relatif à la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions a été inscrit dans un délai de [même nombre de jours que celui spécifié dans la recommandation 127] à compter de la remise effective des biens au constituant; ou iii) si la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions est devenue opposable aux tiers conformément à la recommandation 128 au moment où elle a été constituée.

Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur d'autres types de sûretés inscrites antérieurement grevant des stocks futurs

130. La loi devrait prévoir qu'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions a priorité sur une sûreté inscrite antérieurement grevant les stocks du constituant (même si cette dernière sûreté est devenue opposable aux tiers avant que ne le devienne la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions): i) si la partie finançant l'acquisition reste en possession effective des biens meubles corporels; ou ii) si avant la remise effective des stocks au constituant, la partie finançant l'acquisition: a) inscrit un avis concernant sa sûreté dans le registre des sûretés approprié; et b) notifie par écrit au titulaire de la sûreté inscrite antérieurement qu'elle entend conclure une ou plusieurs opérations dans lesquelles elle aura une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions de rang supérieur sur les stocks supplémentaires du constituant décrits dans la notification.

131. La loi devrait prévoir que la notification aux titulaires de sûretés inscrites antérieurement pourra couvrir plusieurs opérations d'acquisition conclues entre les mêmes parties. Cette notification ne devrait cependant produire d'effet que pour les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions constituées dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après la notification.

Sûretés multiples

132. La loi devrait prévoir qu'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions est soumise aux recommandations du présent chapitre concernant l'opposabilité et la priorité même si la partie finançant l'acquisition: i) possède aussi une sûreté sur les biens meubles corporels garantissant des obligations du constituant non liées à l'acquisition; ou ii) possède une sûreté sur d'autres biens du constituant garantissant l'obligation de paiement liée à l'acquisition.

Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions grevant le produit de stocks

133. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 130, d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions grevant des stocks sur une sûreté inscrite antérieurement grevant les mêmes stocks s'applique au produit de ces stocks, à condition que la partie finançant l'acquisition en ait avisé les parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des biens du même type que le produit.

Réalisation

134.

Approche unitaire

La loi devrait prévoir qu'en cas de défaillance du constituant la partie finançant l'acquisition est en droit de prendre possession et de disposer des biens meubles corporels sous réserve des mêmes règles applicables aux sûretés en général.

Approche non unitaire

La loi devrait prévoir qu'en cas de défaillance de l'acheteur, du constituant ou du crédit-preneur, le vendeur, le créancier garanti finançant le prix d'achat ou le crédit-bailleur bénéficient, dans toute la mesure la mesure possible, des mêmes droits et voies de droit que le titulaire d'une sûreté.

Insolvabilité

[Note à l'intention du Groupe de travail: Voir les recommandations A et B dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité:

Approche unitaire

A. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, la partie finançant l'acquisition a les droits et les obligations d'une personne titulaire d'une sûreté.

Approche non unitaire

B. [La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur lié par une clause de réserve de propriété, un constituant ou un crédit-preneur, le vendeur, le prêteur des fonds finançant l'acquisition ou le crédit-bailleur ont les droits et les obligations d'une personne titulaire d'une sûreté.] [La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur lié par une clause de réserve de propriété, un constituant ou un crédit-preneur, le vendeur ou le crédit-bailleur ont les droits et les obligations d'un tiers propriétaire de l'actif en vertu du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Les deux variantes dans la recommandation B reflètent les différentes approches pouvant être adoptées par les États selon que les mécanismes de financement d'acquisitions seront entièrement ou seulement partiellement traités comme des sûretés en garantie du prix d'achat.]

Conflit de lois

135. La loi devrait prévoir que les recommandations relatives au conflit de lois s'appliquent aux mécanismes de financement d'acquisitions à l'exception de la recommandation 137.

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Recommandations

XI. Conflit de lois 136-149

XII. Dispositions transitoires 150-158

XI. Conflit de lois*

Objet

L'objet de règles de conflit de lois est de déterminer la loi applicable à chacune des questions suivantes: la constitution d'une sûreté réelle mobilière; les droits et obligations du créancier garanti et du constituant avant défaillance; l'opposabilité de la sûreté; sa priorité sur les droits des réclamants concurrents; et sa réalisation.

Ces règles devraient également être applicables, selon qu'il convient, aux droits qui ne sont pas qualifiés de "sûretés réelles mobilières" mais qui remplissent une fonction économique similaire et sont susceptibles d'entrer en concours avec ces sûretés, tels que les droits d'un cessionnaire de créances de sommes d'argent, d'un fournisseur de biens meubles corporels bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété sur ces biens ou d'un crédit-bailleur.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "selon qu'il convient" visent à offrir une certaine souplesse aux États qui suivent une approche non unitaire en ce qui concerne la manière dont ils pourraient assimiler les mécanismes de financement d'acquisitions à des sûretés (voir A/CN.9/574, par. 34). Il se souviendra peut-être aussi que les mots "entre les parties" avaient été ajoutés après "constitution" afin de clarifier la distinction faite dans le Guide entre "efficacité entre les parties" et "opposabilité aux tiers". Or, il n'existe pas deux types ni deux phases de constitution, mais seulement deux types d'efficacité (entre les parties et à l'égard des tiers). Les recommandations ne parlent donc plus de la constitution "entre les parties". Le Groupe de travail souhaitera peut-être accompagner le premier paragraphe de la section "objet" d'une note indiquant que "le sens de ces termes est expliqué plus en détail dans les chapitres IV, V, VI, VII et VIII respectivement"*.]

---

* Recommandations élaborées en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

Sûretés sur des biens meubles corporels

136. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé (pour les biens meubles corporels en transit et les biens meubles corporels destinés à l'exportation, voir aussi la recommandation 142). Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la recommandation 136 devrait s'appliquer aux documents négociables. En ce qui concerne les instruments négociables, il voudra peut-être examiner si cette recommandation devrait s'appliquer sauf si les instruments sont grevés d'une sûreté sans dépossession auquel cas la recommandation 137 devrait s'appliquer.*]

Sûretés sur des biens meubles incorporels

137. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant.

Sûretés sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

138. [La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve des alinéas b) et c), la constitution d'une sûreté sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et sa réalisation sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant;

b) Si le paiement est demandé à l'émetteur/garant ou à la personne désignée ou est effectué conformément à une acceptation par l'émetteur/garant ou la personne désignée, l'opposabilité d'une sûreté sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et sa réalisation sont régies par la loi de l'État où se trouve [la succursale concernée de] la partie payant le produit; et

c) Le droit et l'obligation d'un émetteur/garant ou d'une personne désignée de donner suite ou de ne pas donner suite à une demande d'acceptation d'une cession du produit ou à sa propre acceptation sont régis par la loi choisie dans cette acceptation ou, en l'absence d'acceptation ou de choix de la loi dans l'acceptation, par la loi de l'État où se trouve cette personne sans qu'il soit tenu compte de la loi régissant l'engagement de garantie indépendant lui-même.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner: i) si l'alinéa a) est nécessaire car il répète la règle énoncée dans la recommandation 137; ii) si l'alinéa b) est nécessaire car il traite de la protection du débiteur en compte, question abordée dans la recommandation 147; et iii) si l'alinéa c) est nécessaire car il porte sur une question contractuelle. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi préciser le sens du "lieu de situation" d'une personne aux fins de la présente recommandation.*]

Sûretés sur des comptes bancaires

139. [Sauf disposition contraire dans la recommandation 140,] la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté et sa réalisation sont régis

Variante A

par la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant cette dernière ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée dans la présente recommandation ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La variante A est fondée sur l'article 4-1 de la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ("la Convention de La Haye").*]

139 *bis*. Si la loi applicable n'est pas déterminée en vertu de la recommandation 139, mais qu'il ressorte expressément et sans ambiguïté d'une convention de compte écrite que celle-ci a été conclue via un établissement particulier de la banque, la loi devrait prévoir que la loi applicable à toutes les questions mentionnées dans la recommandation 139 est la loi en vigueur dans l'État dans lequel cet établissement était alors situé, si celui-ci remplissait la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 139.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La présente recommandation se fonde sur l'article 5-1 de la Convention de La Haye.*]

139 *ter*. Si la loi applicable n'est pas déterminée en vertu de la recommandation 139 ou 139 *bis*, cette loi est la loi en vigueur dans l'État dont la loi régit la constitution ou, à défaut, l'organisation de la banque dépositaire au moment de la conclusion de la convention de compte écrite ou, en l'absence d'une telle convention, au moment de l'ouverture du compte bancaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La présente recommandation se fonde sur l'article 5-2 de la Convention de La Haye.*]

139 *quater*. Si la loi applicable n'est pas déterminée en vertu des recommandation 139, 139 *bis* ou 139 *ter*, cette loi est la loi en vigueur dans l'État dans lequel la banque dépositaire exerce son activité ou, en l'absence d'un lieu unique, l'État dans lequel est situé son principal lieu d'activité au moment de la conclusion de la convention de compte écrite ou, en l'absence d'une telle convention, au moment de l'ouverture du compte bancaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La présente recommandation se fonde sur l'article 5-3 de la Convention de La Haye.*]

Variante B

Identique à la variante A, sans les recommandations 139 *bis*, 139 *ter* et 139 *quater* qui pourraient être remplacées par un texte du type: "Si la loi

applicable n'est pas déterminée en vertu de la recommandation 139, la loi devrait spécifier des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye".

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La variante B est une version simplifiée de la variante A. Les règles de rattachement subsidiaire détaillées de la Convention de La Haye pourraient être incluses dans le commentaire avec des explications suffisantes. Une autre possibilité dans la variante B serait de supprimer, de la recommandation, toute référence à ces règles et de faire figurer celles-ci dans le commentaire en les accompagnant d'explications suffisantes.*]

Variante C

par la loi de l'État [ayant le lien le plus étroit avec la banque dépositaire où] [où] le compte bancaire est tenu.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La variante C a été ajoutée à la demande du Groupe de travail (voir A/CN.9/574, par. 80). Elle part de l'hypothèse selon laquelle un compte bancaire peut être aisément localisé (par exemple, grâce à un numéro de compte international constitué à la fois du numéro de compte et du code de la banque.)*]

140. [Si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme un moyen de rendre une sûreté sur un compte bancaire opposable aux tiers, la loi de cet État détermine l'opposabilité par inscription d'une sûreté sur un compte bancaire.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 140 a été ajoutée entre crochets à la demande du Groupe de travail (voir A/CN.9/574, par. 80). Elle compléterait la recommandation 139 (quelle que soit la variante retenue) en prévoyant que, si l'État où est situé le constituant admet l'inscription comme mode d'opposabilité, l'opposabilité d'une sûreté sur un compte bancaire assurée par inscription serait régie par la loi de cet État. Si elle est adoptée, cette recommandation permettrait, dans ce cas, à un créancier garanti d'inscrire une sûreté sur un compte bancaire dans le même État où il enregistre une sûreté sur un autre bien meuble incorporel. La recommandation 140 ne s'applique qu'à l'opposabilité par inscription. L'opposabilité par prise de contrôle ou par tout autre mode serait régie par la loi désignée dans la recommandation 139 (dans la recommandation 63 du document A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, une sûreté sur un compte bancaire rendue opposable par prise de contrôle a priorité sur une sûreté grevant un compte bancaire rendue opposable par inscription).*]

Produit

141. La loi devrait prévoir:

a) Que la constitution d'une sûreté sur le produit est régie par la loi gouvernant la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont le produit découle; et

b) Que l'opposabilité d'une sûreté sur le produit et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi qui gouverne l'opposabilité et la priorité sur les droits des réclamants concurrents d'une sûreté sur des biens initialement grevés du même type que le produit.

Biens meubles corporels en transit et biens meubles corporels destinés à l'exportation

142. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) en transit ou devant être exportés depuis l'État où ils se trouvent au moment de la constitution de la sûreté peut aussi être constituée et être rendue opposable aux tiers conformément à la loi de l'État de destination finale, à condition que ces biens parviennent dans cet État dans un délai bref spécifié après la date de la constitution de la sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations sur les biens en transit et les biens destinés à l'exportation prévoyant l'application de la même loi, elles ont été fusionnées. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la recommandation 142 devrait s'appliquer à tous les types de "biens meubles corporels", terme défini dans le Guide qui englobe les instruments négociables et les documents négociables.*]

Signification du "lieu de situation" du constituant

143. La loi devrait prévoir qu'aux fins des recommandations du présent chapitre le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

144. La loi devrait prévoir que le lieu de situation des biens ou du constituant mentionné dans les recommandations du présent chapitre désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment où la sûreté a été créée et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Dans la recommandation 144, si les biens ou le constituant (selon le cas) changent de lieu après la constitution de la sûreté, l'opposabilité et la priorité de la sûreté sont régies par la loi de l'État de situation actuel même si tous les droits concurrents ont également été créés avant ce changement de lieu. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait introduire une exception selon laquelle les conflits de priorité continueraient à être régis par la loi du lieu de situation initial à condition que le créancier garanti ait pris toutes les mesures nécessaires conformément à cette loi pour rendre sa sûreté opposable.*]

Maintien de l'opposabilité après un changement de lieu de situation

145. La loi devrait prévoir que, si une sûreté est opposable aux tiers conformément à la loi d'un État autre que l'État adoptant et que les biens grevés ou le constituant (selon le cas dans les recommandations du présent chapitre) se déplacent vers l'État adoptant, la sûreté reste opposable conformément à la loi de l'État adoptant pendant une période de [...] jours après déplacement des biens grevés ou du constituant (selon le cas dans les recommandations du présent chapitre) vers cet État. Si les conditions requises par l'État adoptant pour rendre la sûreté opposable sont remplies

avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi de cet État.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Afin de préciser comment la recommandation 145 s'applique dans un conflit de priorité, le Groupe de travail pourrait envisager d'ajouter à la fin de cette recommandation le texte ci-après: "et, pour déterminer le rang de priorité conformément à la loi de l'État adoptant, aux fins de toute règle dans laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence, cette date est celle à laquelle ladite formalité a été accomplie conformément à la loi de cet autre État."*]

Renvoi

146. La loi devrait prévoir que la référence à la "loi" d'un autre État en tant que loi régissant telle ou telle question désigne la loi en vigueur dans cet État à l'exception de ses règles de conflit.

Loi régissant les droits et obligations du constituant et du créancier garanti

147. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti [concernant la sûreté] qui découlent de la convention constitutive de sûreté [ou de la loi] sont régis par la loi qu'ils ont choisie [et, en l'absence de choix, par la loi [régissant cette convention] [de l'État où se trouve le constituant au moment où la sûreté est constituée].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il est proposé d'apporter trois changements à la recommandation 147, inspirée de l'article 28 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Les mots "concernant la sûreté" permettent d'aligner le champ d'application de cette recommandation sur le thème du Guide, en rendant la règle applicable aux droits et obligations des parties qui se rapportent à la sûreté. Les mots "ou de la loi" rendent la règle applicable aux droits et obligations liés à la sûreté qui, bien que naissant de la constitution de cette dernière (et en ce sens trouvant leur origine dans la convention constitutive), découlent de la loi du fait qu'ils ne sont ni expressément ni tacitement traités dans la convention constitutive mais deviennent partie intégrante de la sûreté de plein droit. Si ces mots ne sont pas retenus, le Guide ne prévoira aucune règle de conflit pour déterminer la loi régissant ce type de droits et obligations. La question se posera par exemple en ce qui concerne la nature et l'étendue de l'obligation faite à la partie garantie de prendre soin des biens grevés qui sont en sa possession, obligation qui ne découle pas strictement de la convention constitutive mais qui fait partie intégrante de la sûreté de plein droit. S'agissant de la règle de rattachement subsidiaire applicable en l'absence de choix des parties, la recommandation 147 propose trois possibilités: i) ne prévoir aucune règle de rattachement en partant du principe qu'aucune règle ne serait nécessaire car dans la plupart des cas les parties à une opération garantie insèreraient une clause relative aux choix de la loi dans leur convention; ii) aligner la loi applicable aux droits et obligations des parties sur la loi applicable aux droits et obligations purement contractuels, solution qui serait très probablement conforme aux attentes des parties; et iii) se référer au lieu de situation du constituant (qui pourrait ou non être le facteur de rattachement dans la deuxième possibilité). Cette troisième solution offrirait apparemment plus de sécurité et*

pourrait entraîner l'application de lois différentes aux droits et obligations visés par la recommandation 147 et aux droits et obligations purement contractuels.]

Loi régissant les droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire

148. La loi devrait prévoir que les rapports entre un débiteur en compte et le cessionnaire d'une créance de somme d'argent, et entre le débiteur d'un instrument négociable et le bénéficiaire du transfert de l'instrument, les conditions dans lesquelles la cession d'une créance de somme d'argent peut être opposée au débiteur en compte ou au débiteur de l'instrument et la question de savoir si le débiteur en compte ou le débiteur de l'instrument sont libérés de leurs obligations sont régis par la loi gouvernant la créance de somme d'argent ou l'instrument négociable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La présente recommandation a pour but d'éviter que la recommandation 149, qui traite de la loi régissant la réalisation de la sûreté contre le constituant, ne soit interprétée comme déterminant la loi régissant le recouvrement effectué par le créancier garanti auprès du débiteur en compte d'une créance cédée (ou du débiteur d'un instrument négociable). La recommandation 148, qui s'inspire de l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur la cession, s'applique à l'ensemble des rapports, qui incluent la réalisation sans toutefois s'y limiter, entre le débiteur en compte d'une créance cédée ou le débiteur d'un instrument négociable et le créancier garanti.*]

Questions de réalisation

149. La loi devrait prévoir que:

Variante A

Les questions touchant la réalisation d'une sûreté en dehors d'une procédure d'insolvabilité sont régies par la loi de l'État où a lieu la réalisation.

Variante B

Les questions touchant la réalisation d'une sûreté en dehors d'une procédure d'insolvabilité sont régies par la loi gouvernant la convention constitutive de sûreté [déterminée conformément à la recommandation 147]. Toutefois:

a) Un créancier garanti ne peut prendre possession de biens meubles corporels grevés sans le consentement de la personne qui les a en sa possession que conformément à la loi de l'État dans lequel se trouvent ces biens au moment où il en prend possession;

b) Un for peut appliquer les dispositions de sa propre loi qui, quelles que soient les règles de conflit de lois, s'imposent même aux situations internationales; et

c) L'application de la loi déterminée conformément à la première phrase de la présente recommandation ne peut être écartée par le for que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les alinéas b) et c) sont inspirés de l'article 11 de la Convention de La Haye. L'alinéa c) ne renvoie qu'à la première phrase de la recommandation et non à l'alinéa a) car les parties à la convention*

constitutive de sûreté et les tiers dans l'État où se trouvent les biens grevés devraient toujours pouvoir s'en remettre à la loi du lieu où la prise de possession intervient et être protégés par cette loi. La lex fori *ne devrait pas l'emporter sur la* lex rei sitae.]

Incidence de l'insolvabilité sur les règles de conflit de lois

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir recommandation K et note dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "La loi devrait prévoir que, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la constitution d'une sûreté, son opposabilité, sa priorité et sa réalisation sont régies par la loi qui serait applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. La présente recommandation n'a pas d'incidence sur l'application de toutes règles relatives à l'insolvabilité, y compris celles relatives à l'annulation, à la priorité ou à la réalisation des sûretés.*

Note à l'intention du Groupe de travail: Voir également recommandations 30 et 31 du Guide sur l'insolvabilité. Le commentaire précisera la relation entre cette recommandation et les recommandations 30 et 31 du Guide sur l'insolvabilité. Il expliquera aussi que cette recommandation vise les règles relatives notamment à la procédure, au fond et à la compétence."]

États à plusieurs unités

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter une recommandation concernant l'application des recommandations du présent chapitre dans un État constitué de plusieurs unités.*]

XII. Dispositions transitoires

Objet

L'objet des dispositions transitoires de la loi est d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime antérieur à l'adoption de la loi et le régime postérieur.

Date d'entrée en vigueur

150. La loi devrait spécifier une date, ou un mécanisme permettant de spécifier une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur") compte tenu:

a) De l'impact de cette date sur les décisions d'octroyer des crédits et, en particulier, la maximisation des avantages pouvant découler de la loi;

b) Des mesures que l'État doit prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'il doit apporter aux infrastructures; de l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures;

c) De l'harmonisation de la loi avec d'autres textes législatifs;

d) Du contenu des règles constitutionnelles en ce qui concerne les opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur; et de la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple, le premier jour du mois); et

e) De la nécessité de donner aux personnes concernées suffisamment de temps pour se préparer à la loi.

Période transitoire

151. La loi devrait fixer une période après la date d'entrée en vigueur ("période transitoire"), durant laquelle les créanciers détenant des sûretés ayant effet à l'égard du constituant et des tiers en vertu du régime antérieur peuvent prendre des mesures pour que ces sûretés aient effet à leur égard en vertu de la loi. Si ces mesures sont prises pendant la période transitoire, la loi devrait prévoir que l'efficacité des sûretés du créancier à l'égard de ces parties est continue.

Priorité

152. La loi devrait prévoir des règles claires pour déterminer:

a) Quelle loi s'applique à l'ordre de priorité des sûretés postérieures à la date d'entrée en vigueur;

b) Quelle loi s'applique à l'ordre de priorité des sûretés antérieures à cette date; et

c) Quelle loi s'applique à l'ordre de priorité des sûretés antérieures et des sûretés postérieures à cette date.

153. La loi devrait prévoir que l'ordre de priorité des sûretés postérieures à la date d'entrée en vigueur est régi par elle.

154. La loi devrait prévoir, d'une manière générale, que l'ordre de priorité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur est régi par l'ancien régime juridique. Elle devrait également disposer que ce dernier ne s'appliquera toutefois que si aucun événement qui aurait modifié le rang des sûretés dans le régime antérieur ne survient après la date d'entrée en vigueur. Si un tel événement se produit, la loi devrait déterminer l'ordre de priorité.

155. En ce qui concerne l'ordre de priorité des sûretés antérieures et des sûretés postérieures à la date d'entrée en vigueur, la loi devrait prévoir qu'elle s'appliquera à condition que le titulaire d'une sûreté antérieure ait la possibilité, pendant la période transitoire, d'obtenir la priorité en vertu de la loi en prenant toutes les mesures nécessaires prévues par elle. Pendant la période transitoire, la sûreté antérieure devrait conserver son rang de priorité comme si la loi n'était pas entrée en vigueur. Si les mesures appropriées sont prises pendant cette période, le titulaire de la sûreté antérieure à la date d'entrée en vigueur devrait se voir accorder la priorité qu'il aurait eue si la loi avait été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises à ce moment-là.

156. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (ou est soumis à un mécanisme de règlement des litiges comparable) ou que le créancier garanti a pris des mesures pour réaliser sa sûreté à la date d'entrée en vigueur de la loi, cette

dernière devrait spécifier qu'elle ne s'applique pas aux droits et obligations des parties.

157. La loi devrait traiter de la transition entre un régime où aucune inscription n'est requise et un régime où l'inscription est une condition nécessaire pour assurer l'opposabilité des sûretés.

158. La loi devrait faire en sorte que la transition n'entraîne pas de frais autres que des frais minimes d'inscription.

C. Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, présentée au Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.22 et Add.1) [Original: anglais]

Remarques générales

1. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des sûretés (A/CN.9/475). À cette session, elle était convenue que les sûretés constituaient un sujet important porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier du lien étroit entre ces dernières et les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il avait été largement estimé que des lois modernes sur le crédit garanti pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, par conséquent, sur le commerce international. Il avait aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre les parties des pays développés et celles des pays en développement dans l'accès à un crédit meilleur marché ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois que les lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires, pour être acceptées par les États. On avait également déclaré que, étant donné la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagnés d'un guide plutôt qu'une loi type. Par ailleurs, pour qu'une réforme du droit donne des résultats optimaux, y compris la prévention des crises financières, la réduction de la pauvreté et la facilitation du financement par l'emprunt comme moteur de la croissance économique, il faudrait que les travaux entrepris dans le domaine des sûretés soient coordonnés avec ceux qui étaient menés dans le domaine du droit de l'insolvabilité[5].

2. À sa trente-quatrième session en 2001, la Commission a examiné un autre rapport établi par son secrétariat (A/CN.9/496) et a estimé que des travaux devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il a été déclaré que l'expérience avait démontré que des insuffisances dans ce domaine pouvaient avoir de très importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il a également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, à savoir en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était nécessaire, notamment dans l'optique de la réalisation des créances, pour aider les banques et autres établissements financiers à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes d'exécution rapide et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen susceptible de créer des incitations en vue d'un financement provisoire. À plus long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés pouvait constituer un instrument utile pour accélérer la croissance économique. En effet, sans accès au crédit à des conditions abordables,

---

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel[6].

3. Bien que certaines préoccupations aient été exprimées quant à la faisabilité de travaux dans le domaine du droit des sûretés, la Commission a noté qu'elles n'étaient pas largement partagées et a continué d'examiner la portée des travaux à entreprendre[7]. Il a été largement estimé que les travaux devraient être centrés sur les sûretés portant sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks. Il a été convenu par ailleurs que ni les valeurs mobilières ni les droits de propriété intellectuelle ne devraient être traités. S'agissant des droits de propriété intellectuelle, il a été noté que les travaux dans ce domaine étaient moins nécessaires, que les questions étaient extrêmement complexes et que tous efforts pour les traiter devraient être coordonnés avec d'autres organisations, telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)[8]. Pour ce qui est de la forme que devaient revêtir les travaux, la Commission a estimé qu'une loi type serait peut-être trop rigide et a pris note des suggestions formulées en faveur d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui comprendrait, si possible, des dispositions législatives types[9].

4. Après un débat, la Commission a décidé de charger un groupe de travail d'élaborer "un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment la forme de l'instrument, la gamme exacte des biens qui pouvaient servir de garantie ..."[10]. Soulignant l'importance du sujet et la nécessité de consulter des praticiens et des organisations ayant des compétences dans le domaine, la Commission a recommandé la tenue d'un colloque de deux à trois jours[11].

5. À sa première session (New York, 20-24 mai 2002), le Groupe de travail VI (Sûretés) était saisi du premier projet préliminaire de guide législatif sur les opérations garanties, établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12), du rapport du colloque international de la CNUDCI et de la Commercial Finance Association (CFA) sur les opérations garanties, tenu à Vienne du 20 au 22 mars 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), et de commentaires de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) (A/CN.9/WG.VI/WP.4). À cette session, le Groupe de travail a examiné les chapitres Ier à V et X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 5 et 10), et a prié le secrétariat de revoir ces chapitres (A/CN.9/512, par. 12). À la même session, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait faire en sorte, en coopération avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), que la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité soit traitée conformément aux conclusions de ce dernier concernant les points de recoupement entre les travaux des deux groupes (voir A/CN.9/512, par. 88 et A/CN.9/511, par. 126 et 127).

---

[6] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.
[7] Ibid., par. 352 à 354.
[8] Ibid., par. 354 à 356.
[9] Ibid., par. 357.
[10] Ibid., par. 358.
[11] Ibid., par. 359.

6. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Elle a exprimé ses remerciements au Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux. Il a été généralement estimé que le projet de guide législatif constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, mais pas suffisante à elle seule, pour accroître l'offre de crédit à des taux abordables et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre nations[12].

7. En outre, selon un avis largement partagé, le moment était parfaitement choisi pour aborder la question des sûretés compte tenu à la fois des initiatives législatives entreprises dans ce domaine aux niveaux national et international et des travaux de la Commission sur le droit de l'insolvabilité. À cet égard, la Commission a noté avec une satisfaction particulière les efforts engagés par le Groupe de travail VI et le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour coordonner leurs tâches sur un thème d'intérêt commun, à savoir le traitement des sûretés dans le cas d'une procédure d'insolvabilité. Les participants se sont dits très favorables à cette coordination, généralement considérée comme essentielle pour fournir aux États des orientations complètes et cohérentes sur ce point. La Commission a fait sienne une proposition visant à revoir le chapitre du projet de guide législatif sur les opérations garanties à la lumière des principes de base adoptés d'un commun accord par le Groupe de travail V et le Groupe de travail VI (voir A/CN.9/511, par. 126 et 127, et A/CN.9/512, par. 88). Elle a insisté sur la nécessité d'une coordination continue et a prié le secrétariat d'envisager d'organiser une session conjointe des deux groupes de travail en décembre 2002[13].

8. À l'issue d'un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks. Elle a également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[14].

9. À sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002), le Groupe de travail a examiné les chapitres VI, VII et IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.6, 7 et 9) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaboré par le secrétariat, et a prié ce dernier d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/531, par. 15). À cette session également, conformément à des suggestions qui avaient été faites à la première session du Groupe de travail (voir A/CN.9/512, par. 65), les systèmes d'inscription des sûretés sur les biens meubles de Nouvelle-Zélande et de Norvège ont été présentés de façon informelle. Immédiatement avant cette session, les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont tenu leur première session commune (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), au cours de laquelle la version révisée de l'ancien chapitre X (nouveau chapitre IX;

---

[12] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 202.
[13] Ibid., par. 203.
[14] Ibid., par. 204.

A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) consacré à l'insolvabilité a été examinée. À cette session, le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

10. À sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres VIII, XI et XII du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties et les chapitres II et III de la deuxième version (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (A/CN.9/532, par. 13). À cette session également, la loi slovaque sur les opérations garanties, récemment élaborée avec l'aide de la Banque mondiale et de la BERD, a été présentée de façon informelle.

11. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses deuxième et troisième sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532), ainsi que du rapport sur les travaux de la première session conjointe des Groupes de travail V et VI (A/CN.9/535). La Commission a félicité le Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux et a exprimé sa satisfaction au Groupe de travail V et au Groupe de travail VI pour la coordination de leurs travaux portant sur la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité. Elle a également noté avec satisfaction la présentation de systèmes modernes d'inscription des sûretés mobilières et le projet du Secrétariat d'établir un document traitant des questions techniques relatives à l'inscription[15].

12. La Commission a en outre insisté sur l'importance de la coordination avec les organisations qui s'intéressaient au domaine du droit des opérations garanties, et disposaient de compétences dans ce domaine telle qu'Unidroit, la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la BERD et la Banque asiatique de développement. Il a été fait référence aux travaux en cours d'Unidroit concernant les sûretés sur les titres, aux Principes et directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, pour autant que ceux-ci concernaient les opérations garanties, à la Loi type sur les opérations garanties et aux Principes de la BERD, ainsi qu'au Guide de la Banque asiatique de développement sur les registres de biens meubles et à la Loi type interaméricaine sur les sûretés de 2002, élaborée par l'Organisation des États américains. Il a aussi été dit qu'il fallait assurer la coordination avec la Conférence de La Haye en ce qui concerne le chapitre du projet de guide législatif sur les opérations garanties consacré aux conflits de loi, en particulier pour ce qui est de la loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité[16].

13. En ce qui concerne la portée des travaux, la Commission a pris note des propositions selon lesquelles le Groupe de travail devrait envisager de traiter, outre des biens meubles corporels (y compris les stocks), des créances commerciales, des lettres de crédit, des comptes de dépôt et des droits de propriété intellectuelle, étant donné leur importance économique en tant que garantie de crédit. S'agissant du

---

[15] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 217.
[16] Ibid., par. 218.

fond du projet de guide législatif, la Commission a pris note des déclarations selon lesquelles, si le guide devait aborder diverses approches susceptibles d'être adoptées avec succès, il devait également inclure des recommandations et que, si d'autres recommandations devaient être élaborées, les avantages et les inconvénients de chaque approche, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, devaient aussi être examinés[17].

14. Après un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks, et la décision qu'elle avait prise à sa trente-cinquième session, à savoir que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit approprié qui devrait prendre la forme d'un guide législatif. La Commission a également confirmé que c'était au Groupe de travail qu'il appartenait de déterminer la portée exacte de ses travaux et, en particulier, s'il fallait traiter dans le projet de guide législatif les créances commerciales, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et industrielle[18].

15. À sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres Ier (Introduction), II (Objectifs fondamentaux), IV (Constitution) et IX (Insolvabilité), ainsi que les paragraphes 1 à 41 du chapitre VII (Priorité), et il a demandé au secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir le document A/CN.9/543, par. 15).

16. À sa cinquième session (New York, 22 au 25 mars 2004), le Groupe de travail a examiné le résumé et les recommandations des chapitres V (Publicité), VI (Priorité) et X (Conflit de lois) du projet de guide législatif sur les opérations garanties, et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir le document A/CN.9/549, par. 16).

17. À leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004), le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) ont examiné le traitement des sûretés réelles dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.71 (voir le document A/CN.9/550, par. 11).

18. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses quatrième et cinquième sessions (A/CN.9/543 et A/CN.9/549), ainsi que du rapport des Groupes de travail V et VI sur les travaux de leur deuxième session conjointe (A/CN.9/550). La Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès réalisés jusqu'alors et a également remercié les Groupes de travail V et VI des progrès accomplis lors de leur deuxième session conjointe, au cours de laquelle ils avaient examiné des questions d'intérêt commun restées en suspens[19].

19. La Commission a en outre noté avec satisfaction les progrès du Groupe de travail dans la coordination de ses travaux sur le conflit de lois avec la Conférence de La Haye de droit international privé et, en particulier, le projet d'organiser une

---

[17] Ibid., par. 220 et 221.
[18] Ibid., par. 222.
[19] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 75.

réunion conjointe d'experts. Elle s'est également félicitée des efforts de coordination avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), qui élaborait actuellement un texte concernant les sûretés sur les titres. Elle s'est également félicitée de la coordination avec la Banque mondiale, qui était en train de mettre au point des principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers. Elle s'est réjouie en particulier de l'accord selon lequel le texte de la Banque mondiale constituerait avec le projet de guide législatif sur les opérations garanties un standard international unique[20].

20. La Commission a noté avec intérêt qu'un premier ensemble complet de recommandations serait probablement prêt dans les premiers mois de 2005. Elle s'est également réjouie de la préparation de chapitres supplémentaires consacrés à différents types de biens, comme les instruments et les documents négociables, les comptes bancaires, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle. On a dit à ce sujet que, si l'importance de ces types de biens était certes généralement admise, leur traitement dans le projet de guide ne devrait pas ralentir les travaux sur les biens essentiels entrant dans le champ d'application du projet (à savoir les biens meubles corporels, y compris les stocks, et les créances de sommes d'argent)[21].

21. À l'issue de son débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session et confirmé par la suite à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions. Elle a également prié le Groupe de travail d'accélérer ses travaux afin de lui présenter le projet de guide pour adoption finale au plus tôt, si possible en 2006[22].

22. À sa sixième session (Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004), le Groupe de travail a examiné les chapitres Ier et II (Introduction et objectifs fondamentaux), III (Principaux types de sûretés mobilières), IV (Constitution), V (Opposabilité aux tiers), VII (Droits et obligations avant défaillance), VIII (Défaillance et réalisation), X (Conflit de lois) et XI (Questions de droit transitoire) et prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail (voir A/CN.9/570, par. 8). À cette session, le Groupe de travail a noté avec satisfaction que le chapitre du Guide consacré au conflit de lois était élaboré en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/570, par. 75).

23. À sa septième session (New York, 24-28 janvier 2005), le Groupe de travail a examiné les chapitres X (Conflit de lois), XII (Mécanismes de financement d'acquisitions) et XVI (Sûretés sur les comptes bancaires), et prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail (voir A/CN.9/574, par. 8).

---

[20] Ibid., par. 76.
[21] Ibid., par. 77.
[22] Ibid., par. 78.

A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-48
I.	Introduction	1-36
	A. Objet	1-8
	B. Champ d'application	9-20
	C. Terminologie	21
	D. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide	22-36
	1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel	23-28
	2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances de sommes d'argent	29-31
	3. Financement par des prêts à terme	32-34
	4. Transfert de la propriété à titre de garantie	35
	5. Opérations de cession-bail	36
II.	Principaux objectifs d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties	37-48
	A. Promouvoir le crédit garanti	38
	B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque intégrale des biens pour faciliter le crédit dans un large éventail d'opérations de crédit	39
	C. Obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace	40
	D. Reconnaître l'autonomie des parties	41
	E. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit	42
	F. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession	43
	G. Encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence	44
	H. Établir des règles de priorité claires et prévisibles	45
	I. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace	46
	J. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées	47
	K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois	48

I. Introduction

A. Objet

1. Le présent Guide a pour objet d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché. Il s'adresse aux États qui n'ont pas actuellement de lois efficaces et effectives dans ce domaine, aussi bien qu'à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les harmoniser ou les coordonner avec celles d'autres États.

2. Le Guide part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements, favoriser le développement et l'expansion des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d'une façon générale, accroître les échanges. De telles lois peuvent également procurer des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l'accès au crédit à la consommation bon marché. Pour ce faire, elles doivent s'appuyer sur des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes d'application efficaces et efficients, mais également être étayées par des lois sur l'insolvabilité respectant les droits qu'elles confèrent (voir le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité).

3. Le Guide s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques en proposant des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes. Il vise l'élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.

4. Toutes les entreprises – qu'il s'agisse de fabricants, de distributeurs, de prestataires de services ou de détaillants – ont besoin d'un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) ont démontré que l'octroi de crédits garantis était l'un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d'un fonds de roulement.

5. L'efficacité d'un crédit garanti réside dans la possibilité pour les entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs actifs afin de réduire le risque des créanciers, ceux-ci pouvant en effet accéder aux actifs grevés pour se faire rembourser en cas de non-paiement de l'obligation garantie. Dès lors que le risque de non-paiement est réduit, l'offre de crédit augmente et le coût du crédit diminue.

6. Un système juridique favorable au crédit garanti est essentiel si l'on veut atténuer le sentiment de risque que suscitent les opérations de crédit et promouvoir l'offre de crédit garanti. Il est plus facile pour les entreprises d'obtenir des crédits

garantis dans les États qui ont des lois efficaces et effectives produisant des résultats cohérents et prévisibles pour les créanciers en cas de défaillance des débiteurs. D'un autre côté, dans les États qui n'ont pas de telles lois et où les créanciers ont l'impression que les risques juridiques liés aux opérations de crédit sont élevés, le coût du crédit augmente, car lesdits créanciers exigent une rémunération accrue pour évaluer et assumer ce surcroît de risque. Dans certains États, l'absence de régime efficace et effectif pour les opérations garanties ou de régime de l'insolvabilité, dans lequel les sûretés réelles mobilières soient reconnues, a abouti à la quasi-disparition du crédit aux petites et moyennes entreprises commerciales ainsi qu'aux consommateurs.

7. En aidant à la culture et à la croissance d'entreprises individuelles, un régime juridique favorisant les crédits garantis peut avoir un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. Ainsi, les États qui n'ont pas de régime efficace et effectif pour les opérations garanties risquent de se priver d'un précieux avantage économique.

8. Afin de promouvoir au mieux l'offre de crédit garanti bon marché, le Guide propose que les lois sur les opérations garanties soient structurées de manière à permettre aux entreprises de tirer le plus grand profit possible de la valeur intrinsèque de leurs actifs pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties, à savoir la priorité et l'opposabilité. Le concept de priorité, qui permet la coexistence de sûretés réelles mobilières de rangs différents sur les mêmes biens, donne la possibilité à une entreprise de tirer le plus grand profit possible de la valeur de ses actifs en grevant ceux-ci pour garantir des crédits obtenus auprès de plusieurs créanciers à la fois, des règles transparentes permettant à chaque créancier de connaître le rang de sa sûreté. Le concept d'opposabilité, sous la forme d'un système permettant, entre autres, l'enregistrement d'un avis relatif aux sûretés, vise à favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et, partant, à réduire les risques et les coûts associés aux opérations garanties.

B. Champ d'application

9. Le Guide traite des sûretés réelles mobilières conventionnelles. Il mentionne toutefois les sûretés non conventionnelles – par exemple légales ou judiciaires – lorsque le même bien est grevé à la fois de sûretés conventionnelles et non conventionnelles et que la loi doit prévoir le rang de priorité de chacune (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 56 à 61 et 82 à 85). Le Guide vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les meubles corporels à usage commercial (stocks et matériel) et les créances commerciales de sommes d'argent. Il propose cependant que tous les types de biens puissent être grevés, y compris les actifs existants et futurs d'une entreprise, et s'applique donc à tous les biens, à la fois corporels et incorporels, sauf exception expresse.

10. Les biens immeubles, les valeurs mobilières et les salaires sont purement et simplement exclus. Les biens immeubles (à l'exception des immeubles par destination qui sont traités dans le Guide et qui peuvent être grevés de sûretés) sont exclus car ils soulèvent des questions différentes et sont soumis à un système

d'enregistrement de la propriété spécial indexé par bien et non par constituant. Le Guide ne traite pas non plus des sûretés portant sur des valeurs mobilières en tant que biens initialement grevés, car la nature des valeurs mobilières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Les questions de droit matériel relatives aux sûretés et aux autres droits sur des valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire sont abordées dans un projet de convention que prépare actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Les questions de droit international privé sur le sujet ne sont pas traitées dans le présent Guide, car elles le sont dans la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (La Haye, décembre 2002). Le Guide est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime envisagé ici puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par Unidroit et la Conférence de La Haye, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, décembre 2001, dénommée ci-après "la Convention des Nations Unies sur la cession") et le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les sûretés sur des valeurs mobilières détenues directement, qu'elles soient constatées ou non par un certificat, devraient être traitées dans le Guide. Il souhaitera peut-être aussi examiner quel régime s'applique aux valeurs mobilières en tant que produit de types de biens entrant dans son champ d'application; à savoir, soit le régime spécial, soit le régime général du Guide applicable au produit. Dans le même ordre d'idées, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est soumis uniquement aux règles spéciales du Guide ou s'il l'est également aux règles applicables au produit en général. La même question se pose concernant les créances de sommes d'argent, les instruments négociables, les documents négociables et les comptes bancaires.*]

11. Les sûretés sur les salaires sont exclues en raison du principe de protection de la vie privée et de la vie familiale. Toutes autres exclusions motivées par des incompatibilités d'objectifs devraient êtres limitées en nombre et en portée, devraient être clairement mentionnées dans la loi et ne devraient être adoptées qu'une fois leurs avantages potentiels soigneusement pesés par rapport à l'objectif économique et social de la loi sur les opérations garanties qui est de promouvoir l'offre de crédit bon marché.

12. Certains biens, tels que les navires, les aéronefs [et les droits de propriété intellectuelle] sont entièrement ou partiellement soumis à des lois spéciales. Les sûretés sur de tels biens ne sont pas exclues, mais en cas d'incompatibilité entre une loi spéciale et la loi sur les opérations garanties, la première (par exemple le système d'enregistrement spécial) prévaut.

13. [En particulier, le Guide ne traite pas des questions spécifiques aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle et ne formule pas de recommandations à leur sujet. Toutefois, lors de l'élaboration de sa loi sur les opérations garanties, un État devrait tenir compte de l'importance croissante et de la valeur économique des biens de propriété intellectuelle pour les entreprises qui cherchent à obtenir des crédits garantis bon marché. Sous réserve des limites exposées au paragraphe ci-après, la

loi sur les opérations garanties s'appliquerait aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle.

14. Lors de l'adoption d'un régime sur les opérations garanties, un État devrait tenir compte des caractéristiques propres, et des lois nationales applicables, à la propriété intellectuelle, ainsi que de ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux sur la propriété intellectuelle. Lorsqu'il mettra en application les recommandations du Guide, il devrait donc étudier attentivement les cas où le régime juridique existant et les caractéristiques de la propriété intellectuelle sont suffisamment uniques pour justifier l'adaptation des recommandations lorsque les biens grevés comprennent des droits de propriété intellectuelle. Si cet examen met en évidence une incompatibilité directe entre les recommandations et lesdites lois ou obligations découlant de traités, de conventions ou d'autres accords internationaux, en particulier dans la mesure où ceux-ci établissent des règles sur la constitution, l'opposabilité, la priorité ou la réalisation de sûretés sur la propriété intellectuelle, la loi de l'État sur les opérations garanties devrait prévoir que ce sont les lois et les obligations relatives à la propriété intellectuelle qui régissent ces questions, là où il y a incompatibilité.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les instruments négociables, les documents négociables, les droits de propriété intellectuelle et le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant sont mentionnés entre crochets en attendant qu'il décide s'il faut les inclure ou non dans le Guide. Une fois que toutes les recommandations de fond auront été finalisées, le Groupe de travail souhaitera peut-être aligner les recommandations relatives au champ d'application sur celles-ci.*]

15. Le Guide insiste sur la nécessité de permettre à un constituant de constituer des sûretés réelles mobilières non seulement sur ses biens existants, mais aussi sur ses biens futurs (à savoir les biens acquis ou créés après la conclusion de la convention constitutive de sûreté), sans que le créancier garanti ou lui-même aient à établir d'autres documents ni à accomplir d'autres formalités au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Cette approche est conforme, par exemple, à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui prévoit la constitution de sûretés sur des créances de sommes d'argent futures sans exiger de démarches supplémentaires. Le Guide recommande en outre la reconnaissance d'une sûreté constituée sur tous les biens existants et futurs d'un commerçant constituant au moyen d'une seule et unique convention constitutive comme le prévoient déjà certains systèmes juridiques sous la forme d'un "nantissement global d'entreprise" ou d'une combinaison de charges fixes et de charges flottantes.

16. Le Guide recommande aussi qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, puissent être garanties et que les personnes physiques comme les personnes morales, y compris les consommateurs, sous réserve des lois relatives à leur protection, puissent être parties à une opération garantie. Il est également censé s'appliquer à diverses opérations faisant office de sûreté, notamment celles apparentées à des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession, ainsi que les opérations qui n'entrent pas dans la dénomination d'opération garantie (réserve de propriété, transfert de propriété à titre de garantie, cession de créances de sommes d'argent à titre de garantie, crédit-bail, cession-bail et autres opérations similaires).

17. Le régime juridique envisagé dans le Guide est purement interne. Les recommandations qui y sont formulées sont destinées aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer la législation interne sur les opérations garanties. Cependant, du fait que les opérations garanties font souvent intervenir des parties et des biens situés dans des États différents, le Guide traite également de la reconnaissance des sûretés réelles mobilières et des sûretés reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété et le crédit-bail, valablement constituées dans d'autres États, ce qui marquerait une amélioration sensible pour les titulaires de ces sûretés par rapport aux lois actuellement en vigueur dans de nombreux États, en application desquelles ces sûretés sont souvent perdues lorsqu'un bien grevé sort du pays, et contribuerait largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans des opérations internationales (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, par. 21 à 25).

18. Le Guide s'efforce dans son ensemble d'établir un équilibre entre les intérêts des débiteurs, des créanciers (qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires), des tiers concernés, des acheteurs et autres bénéficiaires de transferts et de l'État. Ce faisant, il part de l'hypothèse, étayée par de nombreuses données factuelles, que tous les créanciers accepteront une telle approche équilibrée et seront donc encouragés à accorder des crédits, pour autant que les lois (ainsi que l'infrastructure juridique et administrative qui l'appuie) leur permettront effectivement d'évaluer leurs risques avec un degré élevé de prévisibilité et avec la certitude qu'en définitive ils réaliseront la valeur économique des biens grevés. Pour parvenir à cet équilibre, une étroite coordination entre le régime applicable aux opérations garanties et celui de l'insolvabilité, notamment des dispositions relatives au traitement des sûretés en cas de redressement ou de liquidation d'une entreprise, est indispensable. De plus, certains débiteurs, tels que les consommateurs, ont besoin de protections supplémentaires. De ce fait, bien que le régime envisagé par le Guide vise à s'appliquer à de nombreuses formes d'opérations de consommateurs, il n'est pas censé avoir préséance sur les lois relatives à la protection de ces derniers ni examiner les politiques de protection des consommateurs, car cette question ne se prête pas à unification.

19. Dans le même esprit, le Guide répond également aux préoccupations qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis. Il a été dit, par exemple, que le fait de donner à un créancier une créance prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne risquait de limiter la capacité de cette dernière à obtenir un financement auprès d'autres sources. Une autre crainte était qu'un créancier garanti puisse exercer une influence sur une entreprise, puisqu'il avait la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les actifs grevés. Une autre crainte encore était que, dans certains cas, les créanciers garantis ne prennent la majeure partie ou la totalité des biens d'une personne insolvable et ne laissent que peu de choses aux créanciers chirographaires, dont certains ne sont pas à même de négocier une sûreté sur ces biens. Le Guide examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, il propose des solutions.

20. Le Guide s'inspire des travaux de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Convention des Nations Unies sur la cession; Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en novembre 2001; Loi modèle de la BERD sur les sûretés, finalisée en 1994; Principes généraux de la BERD d'un droit moderne des sûretés, élaborés en 1997; étude sur la

réforme des lois relatives aux opérations garanties en Asie, réalisée par la Banque asiatique de développement en 2000; Loi type interaméricaine de l'OEA relative aux sûretés mobilières, élaborée en 2002; et Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, élaboré en 1997 [...].

C. Terminologie

21. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être le même que celui employé dans une loi nationale, il peut ici revêtir un autre sens. Cette approche a pour but de donner au lecteur un vocabulaire et un cadre conceptuel communs et d'encourager l'harmonisation du droit gouvernant les sûretés réelles mobilières. On trouvera donc ci-après la liste des principaux termes employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes.

a) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations.

b) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions" désigne une sûreté réelle mobilière sur un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une autre obligation contractée pour permettre au constituant d'acquérir ce bien. Il englobe les sûretés réelles mobilières à proprement parler, ainsi que les sûretés appelées réserve de propriété et crédit-bail.

c) Le terme "obligation garantie" désigne l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière.

d) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière.

e) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie [et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l'obligation]. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir "constituant").

f) Le terme "constituant" désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne (voir "débiteur").

g) Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu'en soit la forme ou l'appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière.

h) Le terme "bien grevé" désigne un bien sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. Il peut s'agir d'un bien meuble corporel ou incorporel, chacune de ces deux catégories générales comprenant plusieurs sous-catégories, dont certaines correspondent à des termes particuliers définis, qui sont employés dans le Guide.

i) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, ainsi que les instruments et documents négociables.

j) Le terme “stocks” désigne les stocks de biens meubles corporels (autres que des instruments et documents négociables) destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication).

k) Le terme “matériel” désigne des biens meubles corporels (autres que des instruments et documents négociables et des stocks), utilisés par une personne dans l’exploitation de son entreprise.

l) Le terme “biens rattachés à des immeubles” désigne des biens meubles corporels (autres que des instruments et documents négociables) qui peuvent être grevés de sûretés réelles mobilières distinctes même s’ils sont si étroitement attachés ou associés à un bien immeuble que la loi de l’État où se trouve ce bien les traite comme des immeubles. Le terme “biens rattachés à des meubles” désigne des biens meubles corporels (autres que des instruments et documents négociables) qui peuvent être grevés de sûretés réelles mobilières distinctes même s’ils sont étroitement associés à d’autres biens meubles sans toutefois perdre leur identité. Les termes “masse ou produit fini” désignent des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) qui sont si étroitement associés entre eux qu’ils ne peuvent pas être grevés de sûretés réelles mobilières distinctes.

m) Le terme “biens meubles incorporels” désigne notamment les créances et les créances de sommes d’argent.

n) Le terme “créance” désigne le droit à l’exécution d’une obligation non monétaire autre qu’un droit sur des biens meubles corporels en vertu d’un document négociable.

o) Le terme “créance de somme d’argent” désigne le droit au paiement d’une obligation monétaire, à l’exclusion toutefois des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l’obligation de payer en vertu d’un engagement de garantie indépendant et de l’obligation de paiement d’une banque en rapport avec un compte bancaire.

p) Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance de somme d’argent ou le transfert d’une créance de somme d’argent, qu’il s’agisse d’un transfert à titre de garantie ou d’un transfert [absolu] [pur et simple]. [*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

q) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance de somme d’argent. [*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

r) Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance de somme d’argent est cédée. [*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

s) Le terme “cession subséquente” désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est

effectuée est le cessionnaire. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 2 b) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

t) Le terme "débiteur en compte" désigne une personne tenue de payer une créance de somme d'argent. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

u) Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances de sommes d'argent cédées et le cessionnaire. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 5 d) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

v) Le terme "contrat initial" désigne, dans le contexte d'une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur en compte d'où naît la créance de somme d'argent cédée. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 5 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

w) Le terme "instrument négociable" désigne, sous réserve d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties, un instrument représentatif d'un droit à paiement, tel qu'un billet à ordre ou une lettre de change, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables.

x) Le terme "document négociable" désigne, sous réserve d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties, un document représentatif d'un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu'un récépissé d'entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables.

y) [Le terme "engagement de garantie indépendant" désigne, sous réserve d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties, une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une garantie indépendante (sur demande, à première demande ou bancaire) ou un autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et Pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande.

z) Le terme "produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant" désigne le droit du bénéficiaire-constituant de recevoir un paiement effectué, une traite acceptée, une obligation de paiement différé souscrite ou un autre article de valeur remis par l'émetteur/garant pour honorer le tirage d'un engagement de garantie indépendant ou par une personne désignée en contrepartie de ce tirage. Le terme ne désigne pas le droit de tirage d'un engagement de garantie indépendant par le bénéficiaire-constituant.

aa) Le terme "émetteur/garant" désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant. Ce terme désigne également une banque ou une autre personne qui confirme l'engagement ("confirmateur").

bb) Le terme "personne désignée" désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, "toute banque dans un pays X") comme étant la personne devant donner une contrepartie, à savoir acheter ou payer sur présentation de documents, et

qui agit conformément à cette désignation. Il inclut une personne qui est désignée pour confirmer et qui confirme conformément à cette désignation.]

cc) Le terme “compte bancaire” désigne, sous réserve d’une loi autre que la loi sur les opérations garanties, un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être déposés. Il inclut les comptes chèques, les comptes d’épargne et les dépôts à terme.

dd) [Le terme “droit de propriété intellectuelle” désigne, sous réserve d’une loi autre que la loi sur les opérations garanties, les brevets, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les secrets de fabrique, le droit d’auteur et les droits voisins ainsi que les dessins et modèles. Il désigne aussi les droits découlant de licences de droits de propriété intellectuelle.]

ee) Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés, notamment ce qui est reçu d’une vente, d’une location ou d’un autre acte de disposition ou d’administration ou d’un encaissement, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d’assurance, les créances nées d’un dommage ou d’une perte, ainsi que les créances nées d’une faute non contractuelle ou de la mise en jeu d’une garantie. [Il n’inclut pas le produit du tirage d’engagements de garantie indépendants ou des types de bien exclus du champ d’application du Guide en tant que biens initialement grevés.]

ff) Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne d’obtenir l’avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent.

gg) Le terme “réclamant concurrent” désigne:

i) Un autre créancier garanti titulaire d’une sûreté réelle mobilière sur le même bien (qu’il s’agisse d’un bien initialement grevé ou du produit);

ii) Le vendeur ou le crédit-bailleur d’un même bien grevé qui en est resté propriétaire en vertu d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’acquisitions;

iii) Un autre créancier du constituant faisant valoir un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie-vente ou par une procédure similaire);

iv) Le représentant de l’insolvabilité en cas d’insolvabilité du constituant; ou

v) Tout acheteur ou autre bénéficiaire du transfert (y compris un preneur à bail ou un preneur de licence) du bien grevé.

hh) Le terme “contrôle” désigne le pouvoir conféré par la loi à un créancier garanti d’ordonner la disposition d’un bien grevé qui prend la forme soit d’un compte bancaire soit d’un droit au produit découlant d’un engagement de garantie indépendant sans que le constituant ait à donner son consentement ou à accomplir d’autres formalités.

ii) Le terme “sûreté réelle mobilière avec dépossession” désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en possession effective du

créancier garanti ou d'une autre personne (qui ne soit ni le débiteur ni un autre constituant) qui les détient pour le créancier garanti.

jj) Le terme "sûreté réelle mobilière sans dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur: i) des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession effective du créancier garanti ou d'une autre personne les détenant pour lui; ou ii) des biens meubles incorporels.

kk) Le terme "tribunal de l'insolvabilité" désigne une autorité judiciaire ou autre qui a compétence pour exercer un contrôle ou une supervision sur une procédure d'insolvabilité.

ll) Le terme "masse de l'insolvabilité" désigne les biens et les droits du débiteur sur lesquels le représentant de l'insolvabilité exerce un contrôle ou une supervision et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité.

mm) Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, ayant pour but le redressement ou la liquidation de l'entreprise du débiteur, menée conformément à la loi sur l'insolvabilité.

nn) Le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organe responsable de l'administration de la masse de l'insolvabilité.

oo) Le terme "acheteur dans le cours normal des affaires" désigne une personne qui achète dans des conditions commerciales normales des stocks à un professionnel vendant des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette vente est faite en violation de sûretés réelles mobilières ou d'autres droits détenus par une autre personne sur ces biens meubles corporels.

D. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide

22. On trouvera ci-après des exemples brefs de types d'opérations de crédit garanties que le Guide vise à encourager et auxquels il fera référence dans la suite pour illustrer des points particuliers. Ces exemples ne représentent qu'une petite partie des nombreuses formes d'opérations garanties actuellement pratiquées, et un régime efficace dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte non seulement les nombreux modes de financement existants, mais aussi ceux qui pourront apparaître dans l'avenir.

1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel

23. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est fourni dans de nombreux cas par le vendeur des biens meubles corporels (stocks et matériel) achetés, dans d'autres, par un prêteur, qui peut alors être un tiers indépendant ou bien avoir un lien avec le vendeur. Le vendeur reste propriétaire ou le prêteur se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels achetés qui garantit le remboursement du crédit ou du prêt.

24. Voici un exemple de financement d'acquisitions: la Société ABC Manufacturing (ABC), qui fabrique des meubles, souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication. Elle souhaite acheter de la peinture (qui constitue une matière première et, partant, des stocks) au vendeur A.

Elle souhaite également acheter des perceuses à colonne (qui constituent du matériel) au vendeur B et du matériel de manutention au vendeur C. Enfin, elle souhaite louer du matériel informatique à un bailleur A.

25. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur A, ABC est tenue de payer dans un délai de 30 jours après facturation la peinture achetée, qu'elle a grevée d'une sûreté réelle mobilière en faveur dudit vendeur en garantie du paiement du prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur B, ABC est tenue de payer les perceuses dans les 10 jours qui suivent leur livraison à son usine. Pour financer cet achat, elle obtient un prêt du prêteur A, qui est garanti par une sûreté réelle mobilière constituée sur les perceuses. ABC détient aussi un compte bancaire chez le prêteur A qu'elle lui a également affecté en garantie du remboursement du prêt.

26. En vertu du contrat de vente avec le vendeur C, ABC est tenue de payer le matériel de manutention une fois celui-ci installé dans son usine et mis en état de fonctionner. Pour financer cet achat et cette installation, ABC obtient du prêteur B un prêt qu'elle garantit en créant une sûreté sur le matériel en question.

27. En vertu du contrat de location avec le bailleur A, ABC loue à ce dernier le matériel informatique pour une période de deux ans. Elle est tenue de verser des loyers mensuels pendant la durée du bail, à l'expiration duquel elle a la possibilité (mais non l'obligation) d'acheter le matériel à un prix symbolique. Le bailleur A reste propriétaire du matériel pendant la durée du bail. La propriété sera transférée à ABC à l'expiration du bail si elle exerce l'option d'achat. Ce type de bail est souvent appelé "crédit-bail". Dans certaines formes de crédit-bail, la propriété des biens loués est transférée au preneur automatiquement à l'expiration du bail. Il faut distinguer le crédit-bail de ce que l'on appelle généralement le "bail d'exploitation", à l'expiration duquel les biens loués conservent en principe une durée de vie utile et ne peuvent être achetés par le preneur à un prix symbolique ni lui être transférés en pleine propriété automatiquement.

28. Dans chacun des cas ci-dessus, la société peut acheter grâce à un financement octroyé par une autre personne (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient des droits sur les biens acquis en garantie du remboursement de ce financement. Comme il ressort clairement des exemples, le financement d'acquisitions vaut aussi bien pour les stocks que pour le matériel.

2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances de sommes d'argent

29. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant d'avoir des créances de sommes d'argent et d'être payé, un fabricant doit investir pour acheter des matières premières, les transformer en produits finis et vendre ces produits. Selon le type d'activité, ce processus peut prendre jusqu'à plusieurs mois. L'entreprise a absolument besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées.

30. Un crédit permanent constitue pour l'entreprise un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses stocks et créances de sommes d'argent existants et futurs (voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 12). Il demande généralement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter et de fabriquer des

stocks et le rembourse quand ces stocks sont vendus et le prix de vente reçu. Les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le montant du crédit fluctue constamment. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur (acquisition de stocks, vente des stocks, création de créances, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle), elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour l'emprunteur et évite à ce dernier d'emprunter plus qu'il n'en a réellement besoin.

31. Voici une illustration de ce type de financement: Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur B accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins pour un montant global représentant jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur B juge acceptables (en fonction de leur type et qualité ainsi que d'autres critères) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances de sommes d'argent que le prêteur B juge acceptables pour le prêt (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs en compte). ABC est censée rembourser à mesure qu'elle est payée par ses clients. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs. Dans ce type de financement, il est également fréquent que le prêteur obtienne une sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes le produit des stocks et des créances de sommes d'argent).

3. Financement par des prêts à terme

32. Les entreprises ont souvent besoin de financer des dépenses exceptionnelles importantes, telles que l'acquisition de matériel ou d'une autre entreprise. Elles essaient généralement alors d'obtenir un financement sous la forme de prêt remboursable à échéance fixe (le principal étant payé par versements mensuels ou trimestriels suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt).

33. Les entreprises qui n'ont pas de cote de crédit solide et bien établie ne pourront, en général, obtenir des prêts à terme que si elles sont capables de constituer des sûretés réelles mobilières sur leurs actifs pour garantir le financement. Le montant de ce dernier dépendra en partie de la valeur de réalisation nette des actifs à grever estimée par le créancier. Dans de nombreux États, et plus probablement dans les États dont le régime des opérations garanties n'est pas actualisé, les immeubles sont les seuls types d'actifs généralement acceptés par les prêteurs pour garantir un prêt à terme. Cependant beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvelles, ne possèdent pas d'immeubles et ne peuvent donc avoir accès à ce type de financement. Dans d'autres États, les prêts à terme garantis par des biens meubles, tels que du matériel et même des droits de propriété intellectuelle, sont courants.

34. Voici une illustration de ce type de financement: ABC souhaite développer ses activités et acquérir une entreprise dans l'État Y. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur C. Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur 10 ans. Il est garanti par les actifs existants et futurs d'ABC et par l'entreprise acquise.

4. Transfert de la propriété à titre de garantie

35. Les États qui respectent les transferts de propriété même s'ils sont opérés sans transfert de la possession à des fins de financement reconnaissent les opérations qualifiées de transfert de la propriété à des fins de garantie (ou parfois de "transfert fiduciaire de la propriété"). Ces opérations sont pour l'essentiel des sûretés réelles mobilières sans dépossession et sont utilisées principalement dans les États dont la loi sur les opérations garanties ne reconnaît pas encore suffisamment ce type de sûretés.

5. Opérations de cession-bail

36. Une "opération de cession-bail" permet à une société d'obtenir un crédit en utilisant ses biens meubles corporels existants (généralement du matériel) tout en gardant la possession et le droit d'utiliser ces biens dans ses activités. Dans ce type d'opération, la société vend ses biens à une autre personne pour une somme déterminée (qu'elle peut ensuite utiliser pour financer son fonds de roulement, pour effectuer des dépenses d'investissement ou à d'autres fins) tout en les lui relouant pour une durée et un loyer stipulés dans le bail. Ce type d'opération est souvent un "crédit-bail" et non un "bail d'exploitation" (voir par. 27 pour une définition des deux termes).

II. Principaux objectifs d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties

37. Afin de fournir des solutions pratiques opérantes, le Guide explore et développe les objectifs et thèmes principaux ci-après d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties.

A. Promouvoir le crédit garanti

38. Le Guide a pour objectif premier de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché aux personnes se trouvant dans les États qui adoptent une législation fondée sur ses recommandations, de sorte que ces personnes et l'économie toute entière bénéficient des avantages économiques que procure l'accès à ce type de crédit (voir par. 2).

B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque intégrale des biens pour faciliter le crédit dans un large éventail d'opérations de crédit

39. Le succès d'un régime juridique gouvernant les opérations garanties suppose qu'un grand nombre d'entreprises puissent utiliser la valeur intrinsèque intégrale de leurs actifs pour obtenir un crédit dans un large éventail d'opérations de crédit. Pour atteindre cet objectif, il importe que le régime ait une large portée i) en permettant la constitution d'une sûreté sur un large éventail de biens (y compris les biens existants et futurs); ii) en permettant qu'un large éventail d'obligations (y compris les obligations futures et conditionnelles) soient garanties par des sûretés réelles

mobilières constituées sur des biens; et iii) en s'appliquant à un large éventail de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit.

C. Obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace

40. Le coût du crédit sera réduit si des sûretés réelles mobilières peuvent être obtenues efficacement. C'est pourquoi le Guide propose des méthodes pour simplifier les procédures d'obtention et pour réduire également le coût des opérations: suppression des formalités inutiles; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés, plutôt qu'à des dispositifs multiples pour différents types de biens grevés; et possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et pour des crédits futurs, sans que les parties aient à établir d'autres documents ou à accomplir d'autres formalités.

D. Reconnaître l'autonomie des parties

41. Étant donné qu'un régime efficace en matière d'opérations garanties devrait avoir une souplesse et une durabilité maximales pour englober un large éventail d'opérations de crédit et également pour prendre en compte les formes nouvelles et évolutives d'opérations de crédit, le Guide insiste sur la nécessité de limiter au minimum les règles impératives pour que les parties puissent adapter leurs opérations de crédit à leurs besoins particuliers. Il tient également compte du fait que d'autres lois peuvent protéger les intérêts légitimes des consommateurs ou d'autres personnes et souligne qu'un régime pour les opérations garanties ne devrait pas avoir préséance sur de telles lois.

E. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit

42. Une concurrence saine entre tous les créanciers potentiels étant un moyen efficace de réduire le coût du crédit, le Guide recommande que le régime gouvernant les opérations garanties s'applique de la même manière aux différents créanciers, y compris les banques et d'autres organismes financiers, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

F. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession

43. Pour éviter qu'il ne devienne difficile ou impossible au débiteur ou à un autre constituant de continuer à exploiter son entreprise en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que le régime juridique prévoie des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur différents types de biens ainsi que des mécanismes de publicité pour informer le public de leur existence.

G. Encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence

44. Du fait qu'un régime efficace en matière d'opérations garanties devrait également encourager toutes les parties à une opération de crédit à avoir un comportement responsable, le Guide cherche à promouvoir la prévisibilité et la transparence pour permettre aux parties d'évaluer toutes les questions juridiques pertinentes et de déterminer les conséquences de la non-observation des règles applicables, tout en respectant et en abordant les préoccupations concernant la confidentialité.

H. Établir des règles de priorité claires et prévisibles

45. Une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut déterminer, au moment où l'opération a lieu, quel est son rang de priorité sur les biens par rapport aux autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité). C'est pourquoi le Guide propose l'établissement d'un système d'enregistrement d'avis au public relatifs aux sûretés et, sur la base de ce système, de règles claires permettant aux créanciers de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

I. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace

46. De même, une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut la réaliser de manière prévisible et efficace. Le Guide propose donc des procédures permettant aux créanciers de réaliser ainsi leurs sûretés, sous réserve du contrôle, de la supervision ou de l'examen d'un tribunal ou d'une autre autorité, lorsqu'il y a lieu. Il recommande aussi que l'État coordonne étroitement sa législation sur les opérations garanties et sa législation sur l'insolvabilité afin que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées sous réserve des règles appropriées de la législation sur l'insolvabilité.

J. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées

47. Du fait que les opérations garanties touchent les intérêts de diverses personnes, à savoir le débiteur, d'autres constituants, les créanciers concurrents qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires, les acheteurs et les autres bénéficiaires de transferts et l'État, le Guide propose des règles qui tiennent compte de leurs intérêts légitimes et cherchent à atteindre de manière équilibrée tous les objectifs mentionnés ci-dessus.

K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois

48. L'adoption d'une législation fondée sur les recommandations figurant dans le Guide entraînera une harmonisation des lois sur les opérations garanties (car des règles de droit matériel similaires seront adoptées, ce qui facilitera la reconnaissance internationale des sûretés réelles mobilières) et, ce faisant, favorisera le financement du commerce international et les échanges de biens et de services entre pays. De plus, dans la mesure où il ne serait probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, des règles de conflit seraient particulièrement utiles pour faciliter les opérations transfrontières. En tout état de cause, de telles règles seraient utiles, par exemple pour aider les créanciers garantis à déterminer comment rendre leur sûreté opposable aux tiers.

D. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa neuvième session (New York, 30 janvier-3 février 2006)

(A/CN.9/593) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1
II.	Organisation de la session	2-7
III.	Délibérations et décisions	8
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties	9-96
	Chapitre V. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière (A/CN.9/WG.VI/ WP.24/Add.3, recommandations 35 à 57 *ter*)	9-57
	Chapitre VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandations 58 à 85)	58-93
	Chapitre X. Mécanismes de financement d'acquisitions (A/CN.9/WG.VI/ WP.24/Add.5, recommandations 125 à 135)	94-96
V.	Travaux futurs	97

I. Introduction

1. À sa neuvième session, le Groupe de travail VI a poursuivi ses travaux d'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001[23]. Cette dernière avait décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur l'offre de crédit et le coût du crédit[24].

---

[23] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358. Pour l'historique du projet, voir A/CN.9/WG.VI/WP.22. Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses première à septième sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543 et A/CN.9/549, A/CN.9/570 et A/CN.9/574. Les rapports sur les première et deuxième sessions conjointes des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. Il est rendu compte de l'examen de ces rapports par la Commission dans les documents A/57/17 (par. 202 à 204), A/58/17 (par. 217 à 222), A/59/17 (par. 75 à 78) et A/60/17 (par. 185 à 187).

[24] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 455, et *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 347.

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa neuvième session à New York, du 30 janvier au 3 février 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Pologne, République de Corée, République tchèque, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Zimbabwe.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Guinée, Irlande, Malaisie, Panama et Philippines.

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

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

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association, Association européenne des étudiants en droit, Association of the Bar of the City of New York, Association of European Trademark Owners, Association internationale pour les marques, Center for International Legal Studies, Commercial Finance Association, Chambre de commerce internationale, Forum for International Commercial Arbitration, Groupe de travail international sur les sûretés en Europe, Independent Film & Television Alliance, Institut Max Planck de droit privé étranger et international, International Federation of Insolvency Practitioners, International Insolvency Institute, International Law Institute et National Law Center for Inter-American Free Trade.

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)
Rapporteur: M. Pornchai ASAWAWATTANAPORN (Thaïlande)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 et 2 (Recommandations), A/CN.9/WG.VI/WP.22 (Remarques générales), A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 (Introduction et principaux objectifs), et A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5 (Recommandations révisées).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a examiné les recommandations figurant dans les chapitres V (Opposabilité), VI (Priorité) et X (Mécanismes de financement d'acquisitions). Il est rendu compte au chapitre IV ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié de revoir les recommandations figurant dans ces chapitres en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

IV. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties

Chapitre V. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandations 35 à 57 *ter*)

Objet

9. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section "objet" sans modification.

Recommandation 35 (Méthodes générales pour rendre les sûretés réelles mobilières opposables)

10. Il a été convenu de supprimer les mots "ou devant être constituée", figurant entre crochets dans le chapeau de la recommandation 35, car une sûreté dépourvue d'effet même entre les parties à la convention constitutive ne pouvait être opposable aux tiers (le point de savoir si la sûreté inscrite en premier aurait priorité dès son inscription même si elle n'était pas encore constituée à ce moment-là devait, a-t-on dit, être examiné par la suite, dans le cadre des questions relatives à la priorité).

11. Il a également été convenu de réviser l'alinéa b) pour parler de la dépossession du constituant plutôt que de la remise de la possession des biens par le constituant au créancier garanti. Il a été fait observer que, pour éviter toute apparence laissant penser que le constituant détenait un droit de propriété non grevé, sa dépossession était l'élément important. Il a aussi été dit que la possession pouvait être remise non seulement par le constituant mais également par une autre personne, telle que le fabricant des biens meubles corporels. On a également souligné que la remise de la possession était suffisante, si celle-ci était effectuée non seulement au créancier garanti mais également à ses mandataires ou employés ou à des personnes telles qu'un entrepositaire indépendant, qui reconnaissaient détenir les biens grevés au nom du créancier garanti.

12. Il a été en outre convenu de remplacer les mots "devient opposable si" par "est opposable seulement si" pour ne pas laisser entendre qu'une sûreté pourrait être opposable à toutes les parties même avant sa création. Il a également été convenu d'insérer la préposition "ou" après l'alinéa a) pour bien montrer que l'alinéa b) proposait une autre méthode d'opposabilité au choix.

13. Dans le courant du débat, il a été suggéré d'exiger qu'une sûreté, pour laquelle un avis avait été inscrit dans le registre général des sûretés avant sa constitution (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 54), soit opposable uniquement si elle était créée dans un certain délai après l'enregistrement. Cette proposition a recueilli un certain appui. Elle a cependant aussi suscité des objections au motif que, si la sûreté n'était pas créée, le constituant pouvait obtenir la radiation

de l'inscription, y compris par une procédure simplifiée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 57).

Recommandations 35 *bis* et 36 (Méthodes spéciales pour rendre les sûretés réelles mobilières opposables)

14. Le Groupe de travail est convenu de remanier la recommandation 35 *bis* de manière à séparer les méthodes spéciales exclusives des méthodes spéciales applicables en sus de l'enregistrement au registre général des sûretés. En ce qui concerne l'alinéa d), on a exprimé la crainte que la dichotomie entre la remise de la possession du document négociable et celle des biens meubles corporels couverts par ce document ne pose un problème. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner cette question avant d'avoir eu la possibilité d'étudier les recommandations 39 et 40 (voir par. 20 et 21 ci-après).

15. Des réponses divergentes ont été apportées à la question de savoir si une sûreté autre qu'une sûreté grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition devrait être opposable automatiquement dès sa création. Selon un point de vue, cet effet automatique ne serait pas souhaitable car le manque de transparence pourrait avoir un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit. Selon un autre avis, une opposabilité automatique dès la constitution de la sûreté serait souhaitable du moins pour les sûretés non liées à une acquisition grevant des biens de consommation de faible coût, dont la valeur et l'importance comme source de crédit ne justifiaient peut-être pas un enregistrement. Après débat, il a été convenu d'insérer, pour examen futur, une recommandation entre crochets qui prévoirait l'opposabilité automatique des sûretés non liées à une acquisition grevant des biens de consommation de faible valeur qui n'étaient pas soumis à un système d'enregistrement de la propriété ou à un système de certificats de propriété.

16. Il a été proposé de supprimer la recommandation 36 car elle répétait la règle évidente, selon laquelle, si différents types de biens étaient visés par la même convention constitutive, différentes méthodes d'opposabilité seraient applicables. Cette proposition a suscité des objections. De l'avis général, cette recommandation clarifiait, à toutes fins utiles, une question que de nombreux pays ne connaissaient peut-être pas très bien.

Recommandations 37 et 37 *bis* (Opposabilité d'autres droits)

17. La recommandation 37 a reçu l'approbation du Groupe de travail sur le fond. Il a été convenu cependant d'indiquer au début du projet de guide que les recommandations sur les sûretés réelles mobilières s'appliquaient aussi aux cessions pures et simples et que, en conséquence, le mot "constituant" désignait aussi le "cédant", le mot "créancier garanti" renvoyait également au "cessionnaire" et l'expression "sûreté réelle mobilière" faisait aussi référence au "droit du cessionnaire".

18. Le Groupe de travail est convenu de supprimer la recommandation 37 *bis* et de mentionner dans le commentaire la possibilité d'étendre le système d'inscription aux droits des bailleurs ou des déposants, en expliquant les avantages économiques d'une telle possibilité. Il a été généralement estimé que, si le commentaire pouvait faire état de la possibilité de soumettre, dans la loi régissant le bail ou le dépôt, les droits des bailleurs ou des déposants à inscription, une recommandation comme

celle proposée dans le projet de guide risquait de déborder largement le cadre du droit des opérations garanties. Il a aussi été observé que cette solution correspondait davantage à la nature de la recommandation 37 *bis*, qui était libellée comme une possibilité pour les États et non comme une recommandation (comme en témoignait l'emploi du verbe "peut" et non "devrait").

Recommandation 38 (Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels par remise de la possession au créancier garanti)

19. Conformément à sa décision concernant l'alinéa b) de la recommandation 35 (voir par. 3 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu de revoir la recommandation 38 pour y parler de la dépossession du constituant et non de la remise de la possession par le constituant au créancier garanti. Il est aussi convenu que le texte entre crochets devrait être révisé pour expliquer que la dépossession devait être effective, ce qui serait le cas si les biens grevés étaient en possession du créancier garanti, d'un mandataire ou d'un employé du créancier garanti ou d'un entrepositaire indépendant ayant reconnu détenir les biens au nom du créancier garanti. Il a été dit que ce texte pourrait être inséré au lieu approprié dans les recommandations ou dans les définitions de manière à s'appliquer à l'ensemble du projet de guide.

Recommandations 39 (Opposabilité d'une sûreté sur un document négociable) et 40 (Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels couverts par un titre négociable)

20. Le Groupe de travail est convenu de fusionner les recommandations 39 et 40 car elles traitaient en fait la même question (à savoir l'opposabilité d'une sûreté sur un titre représentatif négociable et sur les biens meubles corporels couverts par ce titre). Il a été convenu également de supprimer la première phrase de la recommandation 39 car elle répétait la règle générale énoncée dans les recommandations 35 b) et 38, qui s'appliquerait en tout état de cause sauf disposition contraire.

21. Des points de vue divergents ont été exprimés sur le point de savoir si une sûreté sur des biens meubles corporels couverts par un titre négociable devrait être rendue opposable tant que lesdits biens étaient couverts par le titre par la seule remise de la possession du document ou également par remise de la possession des biens. Selon un avis, prévoir qu'une telle sûreté puisse être rendue opposable par remise de la possession des biens (et non par celle du document) tant que les biens étaient couverts par le document risquait de nuire à la fiabilité et la négociabilité du document. Selon un autre avis, une telle approche reconnaîtrait de façon appropriée la remise de la possession des biens comme méthode d'assurer l'opposabilité, ce qui serait utile s'il n'y avait pas remise du document ou si les biens n'étaient plus couverts par le document. On a fait observer que cette approche ne nuirait pas à la négociabilité du document, tant qu'une sûreté qui était rendue opposable par remise de la possession du document avait priorité sur une sûreté qui était rendue opposable par remise de la possession des biens (comme cela est prévu dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandation 80). À l'issue de la discussion, il a été convenu que le texte de la recommandation 40, selon lequel une sûreté peut être rendue opposable, tant que les biens sont couverts par le document,

par remise de la possession des biens (plutôt que du document), devrait être placé entre crochets pour examen futur par le Groupe de travail.

Recommandation 40 *bis* (Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles pour lesquels il existe un registre spécialisé de la propriété ou un système de certificat de propriété)

22. Le Groupe de travail a été d'accord dans l'ensemble avec la teneur de la recommandation 40 *bis*. En réponse à une question sur le point de savoir si l'alinéa c) ne faisait pas double emploi du fait qu'il répétait la règle générale énoncée dans la recommandation 35 a), on a fait observer que, en l'absence de l'alinéa c), il n'apparaîtrait peut-être pas clairement que l'opposabilité pouvait être assurée par inscription sur le registre général des sûretés, à moins que cela ne soit indiqué clairement dans les recommandations 35 et 35 *bis*. En réponse à une autre question sur le point de savoir si les méthodes prévues dans la recommandation 40 *bis* étaient exclusives, on a fait observer qu'il faudrait laisser à la législation spéciale traitant de l'enregistrement de la propriété et des certificats de propriété le soin d'en décider. Il a été dit dans la discussion qu'il serait peut-être nécessaire de modifier la recommandation 40 *bis* pour qu'elle s'applique aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle. Le Groupe de travail est convenu que la Commission devrait décider comment traiter les droits de propriété intellectuelle.

Recommandation 41 (Opposabilité des sûretés sur les droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants)

23. Il a été convenu que la recommandation 41 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recommandation 49) devrait être examinée en même temps que les autres recommandations traitant des sûretés sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2).

Recommandations 42 et 43 (Opposabilité des sûretés sur des comptes bancaires)

24. Il a été convenu que l'alinéa a) de la recommandation 42, qui fait référence à l'inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, répétait la règle générale de la recommandation 35 a) et devrait être supprimé.

25. Bien que le Groupe de travail ait été d'accord dans l'ensemble sur la teneur de la recommandation 43, on a fait observer qu'il faudrait revoir l'identification du bien grevé car il ne s'agissait pas du compte bancaire lui-même, mais d'un droit à paiement de fonds sur le compte. Le Groupe de travail est convenu que cette question pourrait être examinée dans le contexte de la discussion des recommandations traitant des comptes bancaires (voir par. 88 ci-après). Il est convenu aussi que les droits de la banque dépositaire, mentionnée dans la note qui suit la recommandation 43, devraient également être examinés dans ce contexte.

Recommandation 44 (Opposabilité des sûretés sur le produit)

26. Un certain nombre de remarques ont été faites. Tout d'abord, on a exprimé la crainte que l'opposabilité automatique des sûretés sur le produit de biens grevés (à savoir sans description du produit dans l'avis enregistré ou sans inscription d'un nouvel avis lorsque naît le produit) ne risque involontairement de prendre au

dépourvu les tiers qui ne sauraient pas que des sûretés existaient déjà dans les cas où le produit n'était pas de même nature que les biens initialement grevés (par exemple, si les biens grevés étaient des stocks et le produit des créances de sommes d'argent). Il a été proposé pour régler ce problème de supprimer l'alinéa a) de sorte que, selon la règle subsidiaire de la recommandation 44, le créancier garanti disposerait d'un délai dans lequel prendre toutes les mesures supplémentaires nécessaires pour rendre une sûreté sur le produit opposable aux tiers. Cette proposition a suscité l'adhésion de certains et l'opposition d'autres membres du Groupe de travail. On a argué en sa faveur que, pour que le registre remplisse son rôle, à savoir informer suffisamment les tiers, l'avis devait comporter une description suffisante du produit qui ne prenait pas la forme d'argent, d'instruments négociables, de documents négociables ou de comptes bancaires. À défaut d'une telle description, a-t-on noté, les parties devraient effectuer des recherches en dehors du registre pour découvrir l'existence éventuelle de sûretés. Il a aussi été dit que l'opposabilité automatique d'une sûreté sur le produit pourrait supprimer la concurrence entre prêteurs, car le prêteur détenant une sûreté sur les principaux biens d'un constituant aurait une sûreté sur l'ensemble des biens qui en étaient le produit. Un tel résultat, a-t-on estimé, pourrait avoir des effets préjudiciables sur l'offre et le coût du crédit.

27. À l'encontre de la proposition, on a fait observer que les tiers s'attendraient normalement à ce que les biens devant leur être affectés en garantie puissent être grevés d'autres sûretés en tant que produit et, dans tous les cas, feraient des recherches avec la "diligence voulue" pour s'assurer que le constituant avait des droits sur les biens grevés. Il a aussi été souligné que l'exigence d'une formalité supplémentaire pour étendre l'opposabilité aux sûretés sur le produit obligerait le créancier garanti à surveiller tous les actes du constituant en rapport avec les biens grevés pour rendre ses sûretés sur le produit opposables. Il a été ajouté que, dans les cas où, par exemple, des stocks étaient vendus et le produit prenait ensuite la forme de créances de sommes d'argent, d'instruments négociables et de fonds sur un compte bancaire, les acteurs du marché s'attendraient normalement à ce que la sûreté sur tous les produits soit automatiquement opposable sans formalité supplémentaire. À ce propos, il a été proposé d'ajouter les créances de sommes d'argent à la liste des biens figurant dans l'alinéa b), pour lesquels une sûreté sur le produit devenait automatiquement opposable. Cette suggestion a été suffisamment appuyée.

28. On s'est également inquiété de ce que l'alinéa a) ne convenait pas car il réservait un traitement différent à l'inscription sur le registre général des sûretés et à l'inscription sur les registres spécialisés de la propriété, bien que, dans les deux cas, les tiers soient informés de l'existence possible de sûretés. Il a été proposé, pour lever cette inquiétude, de mentionner aussi dans cet alinéa l'opposabilité par inscription sur un registre spécialisé de la propriété. Cette proposition a bénéficié d'un soutien suffisant.

29. On s'est par ailleurs inquiété de ce que la recommandation 44 n'indiquait pas suffisamment clairement si l'opposabilité pouvait être rétablie lorsque le créancier garanti, n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté sur les biens initialement grevés ou sur le premier produit opposable aux tiers, prenait par la suite toutes les mesures requises pour assurer l'opposabilité de sa sûreté sur le produit subséquent. Il a été proposé en conséquence que la recommandation soit révisée

pour régler cette question. Si, selon certains, le créancier garanti était définitivement forclos, selon le point de vue majoritaire, il pouvait rétablir l'opposabilité. Il a été généralement estimé que cette approche serait conforme à la règle proposée dans la note venant après la recommandation 65 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4), selon laquelle la priorité remonterait au moment où l'opposabilité était rétablie.

30. À la question de savoir si une formalité séparée était nécessaire pour rendre une sûreté sur le produit opposable lorsque la sûreté sur les biens initialement grevés avait été rendue opposable par dépossession du constituant, il a été répondu que, d'après la règle subsidiaire de la recommandation 44, le créancier garanti pourrait rendre sa sûreté sur le produit opposable en prenant toutes les mesures nécessaires conformément à la recommandation 35 ou 35 *bis* dans un certain délai après la naissance du produit.

31. Au cours du débat, il a été déclaré que le Groupe de travail devait garder à l'esprit l'objectif général du projet de guide, qui était de promouvoir l'offre de crédit garanti, en particulier dans les pays en développement et les pays à économie en transition, et non de procéder à une analyse de droit comparé des systèmes nationaux des pays développés.

32. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser la recommandation 44 en présentant des variantes pour l'opposabilité automatique des sûretés sur le produit et en tenant compte des suggestions faites et des avis exprimés.

Recommandations 45 et 46 (Opposabilité des sûretés sur des biens rattachés)

33. Plusieurs propositions ont été avancées. D'abord, il a été suggéré de supprimer la première phrase de la recommandation 45, car soit elle répétait la règle générale soit elle exigeait l'accomplissement, une deuxième fois, des formalités d'opposabilité après que les biens meubles corporels avaient été rattachés. Cette proposition n'a pas été suffisamment appuyée. Une autre proposition était que la sûreté sur un bien rattaché à un immeuble soit, pour devenir opposable, inscrite sur le registre immobilier. Cette proposition a suscité des objections. Il a été dit que si l'intégrité des registres immobiliers devait être préservée par des règles de priorité appropriées, il n'y avait aucune raison de rendre une sûreté, pour laquelle un avis avait été inscrit au registre général des sûretés, inopposable. Une autre suggestion encore était de réviser la recommandation 45 pour y indiquer clairement que l'inscription au registre général des sûretés ou au registre immobilier, au choix, devrait suffire pour rendre la sûreté opposable. Cette suggestion a recueilli un appui suffisant. En ce qui concerne le texte, il a été proposé que les mots "instruments et documents négociables" soient supprimés car ces types de biens ne pouvaient être rattachés à d'autres biens (voir par. 92 ci-après). À l'issue du débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser la recommandation 45 en tenant compte des suggestions faites et des avis exprimés.

Recommandation 46 (Opposabilité des sûretés sur des masses de biens meubles corporels ou des produits finis)

34. Le Groupe de travail a adhéré dans son ensemble à la recommandation 46 sur le fond.

Recommandation 47 (Opposabilité des sûretés sur des masses de biens meubles corporels ou des produits finis)

35. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si une sûreté sur un bien grevé qui était opposable devait le rester lorsque ce bien était incorporé dans une masse de biens meubles corporels ou dans un produit fini. Selon un point de vue, comme dans le cas du produit (voir par. 27 ci-dessus), aucune formalité supplémentaire ne devrait être exigée pour préserver l'opposabilité de la sûreté sur la masse ou le produit fini, car les acteurs du commerce s'attendraient à ce que les biens meubles corporels grevés soient transformés en cette masse ou ce produit fini (par exemple, à ce que les stocks soient vendus et transformés en créances de sommes d'argent, en chèques et en fonds sur un compte bancaire, tout comme la farine et le sucre sont transformés en gâteaux). Selon une autre opinion, en l'absence de formalité supplémentaire pour rendre opposable la sûreté sur la masse ou le produit fini, les tiers n'auraient aucun moyen de savoir si le bien initialement grevé faisait en fait partie de cette masse ou ce produit fini. Après débat, le Groupe de travail est convenu que la recommandation devrait être reformulée pour rendre compte de ces deux options en vue d'un examen ultérieur.

36. Il a également été convenu que la sûreté sur le bien initialement grevé qui était opposable ne se reportait pas sur l'ensemble de la masse de biens meubles corporels ou du produit fini, mais sur une part proportionnelle de cette masse ou ce produit. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation 47 devrait se référer à l'idée de proportionnalité qui figurait déjà dans la recommandation 32 du document A/CN.9/WG.VI/WP.21 portant sur la constitution d'une sûreté sur une masse de biens meubles corporels ou un produit fini. En ce sens, il a été proposé de supprimer le passage de la troisième ligne venant après la virgule et de le remplacer par "la sûreté qui naît ainsi conformément à la recommandation 32 reste opposable" ou par "qui naît conformément à la recommandation 32 est opposable".

Recommandation supplémentaire sur l'opposabilité des sûretés sur des sûretés ou autres droits personnels ou réels donnés en garantie de créances de sommes d'argent cédées

37. Le Groupe de travail est convenu qu'une nouvelle recommandation devrait être ajoutée pour traiter de l'opposabilité des sûretés sur des sûretés ou autres droits personnels ou réels donnés en garantie de créances de sommes d'argent cédées (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 16 a)).

Recommandation 48 (Caractéristiques d'un registre général des sûretés)

38. En ce qui concerne l'alinéa a), le Groupe de travail est convenu, dans la première ligne, d'ajouter les mots "indiquant l'existence possible d'une sûreté" afin de rendre précisément compte du fait que l'avis enregistré ne créait pas la sûreté mais avertissait uniquement les tiers de son existence possible, notamment en cas d'inscription anticipée lorsqu'un avis pouvait être enregistré avant que les démarches pour constituer la sûreté aient été achevées. Il a également été convenu que le mot "uniquement" dans la deuxième ligne soit supprimé étant donné que les informations devant figurer dans l'avis étaient susceptibles de changer.

39. Le Groupe de travail a approuvé sans modification les alinéas b), c) et d). En ce qui concerne le sous-alinéa i) de l'alinéa d), il a été convenu que le passage entre

crochets “et la publication périodique d’états vérifiés des dépenses et des recettes du système d’inscription” soit supprimé et inséré dans le commentaire car ce niveau de précision ne correspondait pas au reste de l’alinéa.

40. Suite à une question sur la relation entre le sous-alinéa i) de l’alinéa e) sur la fixation de tarifs à prix coûtant et le sous-alinéa v) de l’alinéa h) recommandant une éventuelle délégation de l’exploitation du registre à un organisme privé, il a été convenu que ces deux alinéas ne se contredisaient pas car un État pouvait sous-traiter une partie de l’exploitation du registre (par exemple, le fonctionnement et la maintenance des ordinateurs) à un organisme privé qui pourrait accomplir cette tâche de manière plus efficace et les bénéfices réalisés par un tel organisme ne devaient pas nécessairement entraîner un coût pour les usagers. Il a été estimé que l’objectif des alinéas était d’insister sur le fait que le registre ne devait pas être exploité par l’État à des fins lucratives ou comme un moyen de taxer indirectement les usagers. Il a été relevé que, lorsqu’il en avait été ainsi, l’efficacité et l’utilisation des registres des sûretés et d’autres registres avaient décliné dans beaucoup de pays.

41. Le Groupe de travail est convenu de modifier le sous-alinéa i) de l’alinéa e) pour tenir compte des principes du paragraphe 40 ci-dessus en ajoutant les mots “à un niveau ne dépassant pas” entre “tarifs” et “prix” dans la première ligne. Suite à une proposition visant à indiquer dans le sous-alinéa que les tarifs devraient être aussi bas que possible pour permettre une exploitation raisonnable du registre, le Groupe de travail est convenu que cette question était suffisamment couverte par l’alinéa a) de la section du chapitre consacrée à l’objet et par le sous-alinéa i) lui-même.

42. Le Groupe de travail a approuvé sans modification les sous-alinéas ii), iii) et iv) de l’alinéa e) quant au fond.

43. Bien que le sous-alinéa i) de l’alinéa f) ait bénéficié d’un soutien important, le Groupe de travail est convenu que l’examen approfondi de la validité, de la suffisance et de l’exactitude de l’avis était trop restrictif et que ce sous-alinéa devrait être élargi afin qu’aucun examen approfondi d’aucune sorte n’ait à être fait par une personne autre que celle procédant à l’inscription. Une proposition visant à ce que, en l’absence d’examen approfondi de l’avis par le personnel du registre, le projet de guide prévoie des sanctions pour déclaration fausse ou trompeuse, n’a pas reçu un appui suffisant. Il a été estimé que, étant donné qu’un avis faux était dépourvu d’effet juridique et pouvait être radié conformément à la recommandation 57, la question des sanctions devrait être laissée au droit de la responsabilité délictuelle, au droit pénal ou à un autre droit et ne devrait pas être traitée aussi dans le projet de guide au risque de faire double emploi. Le Groupe de travail est convenu d’indiquer ce point de vue dans le commentaire afin de guider les États préoccupés par d’éventuels fraudes et abus du système de registre. Le Groupe de travail est également convenu d’envisager d’étendre la portée de la recommandation 57 ou du commentaire afin de prendre en compte le risque qu’un constituant viole l’intégrité du processus d’enregistrement en déposant un faux avis de mainlevée.

44. Le Groupe de travail a approuvé sans modification les sous-alinéas i), ii) et iii) de l’alinéa g) quant au fond. Il est également convenu que les exemples fournis au sous-alinéa iv) de l’alinéa g) soient placés dans le commentaire. En outre, il a approuvé sans modification les sous-alinéas i), ii) et iii) de l’alinéa h) quant au fond.

45. Des avis divergents ont été exprimés à propos des sous-alinéas ii) et iii) de l'alinéa h). Selon un point de vue, l'identité des personnes procédant à l'inscription devrait être révélée et une copie de l'avis inscrit envoyée au constituant. Il a été dit que la communication de l'identité de la personne inscrivant un avis pourrait utilement limiter les enregistrements frauduleux et préserver l'intégrité du registre. On a aussi fait observer que l'identité du créancier garanti serait révélée de toute façon lors du paiement des frais d'inscription en ligne. Il a en outre été souligné que, le créancier garanti pouvant inscrire un avis même de son propre chef, le constituant devrait être rapidement informé pour pouvoir exercer ses droits. Selon l'avis contraire, le soin de prévoir ou non de telles exigences devrait être laissé aux États, qui pourraient trancher la question en procédant à une analyse coût-avantages. On a argué que l'ajout de telles exigences risquait involontairement d'accroître le coût du système, coût qui devrait en définitive être supporté par le constituant. On a aussi fait remarquer qu'il ne serait pas toujours possible de vérifier l'identité d'une personne procédant à l'inscription, en particulier lorsque des messagers ou des intermédiaires indépendants étaient utilisés pour effectuer cette démarche. De plus, a-t-on déclaré, si l'obligation d'envoyer une copie de l'avis au constituant était maintenue, il faudrait envisager de préciser quelles seraient les conséquences d'un manquement à cette obligation.

46. À la question de savoir si l'obligation de transmettre une copie de l'avis inscrit au constituant devait incomber au registre ou au créancier garanti, des réponses divergentes ont été données. Selon un avis, dans un système conçu pour limiter les interventions du personnel du registre afin d'éviter les coûts et le risque d'erreurs, cette obligation devait échoir au créancier garanti. De plus, a-t-on observé, comme il était de l'intérêt du créancier garanti de s'assurer qu'un avis était bien inscrit, c'était plutôt à lui qu'il incombait de transmettre une copie de l'avis inscrit au constituant. Selon l'avis opposé, l'obligation d'envoyer copie de l'avis inscrit au constituant devait incomber au registre, opération qui, a-t-on dit, serait facile, rapide et peu onéreuse dans le cadre d'un système électronique. Après débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les alinéas h) et i) sans modification et est convenu d'aborder dans le commentaire les questions soulevées.

Recommandation 49 (Teneur exigée de l'avis inscrit)

47. Pour ce qui est de l'alinéa a), on a exprimé la crainte que l'indication dans l'avis du nom et de l'adresse du créancier garanti ne donne involontairement aux concurrents de ce dernier accès à des informations commerciales confidentielles. Il a été dit qu'il serait possible d'établir systématiquement le profil des créanciers garantis et des relations d'affaires. Pour résoudre cette difficulté, il a été proposé de ne pas mentionner le nom et l'adresse du créancier garanti dans l'avis à inscrire. Cette proposition a suscité des objections. À son encontre, on a dit que le système d'enregistrement ne pouvait pas fonctionner si les tiers n'étaient pas en mesure de prendre contact avec les créanciers garantis pour s'enquérir de l'existence et de l'assiette des sûretés. On a également fait observer que les préoccupations concernant la confidentialité pourraient être prises en compte en indiquant dans l'avis le nom d'un représentant du créancier garanti au lieu du nom de ce dernier. En outre, il a été noté que la crainte exprimée avait trait à la possibilité pour des tiers d'effectuer des recherches dans le registre à partir du nom du créancier garanti et non de celui du constituant, question qui pouvait être traitée dans le commentaire. En réponse au point exposé ci-dessus au sujet de l'indication dans l'avis du nom

d'un représentant du créancier garanti au lieu du nom de ce dernier, il a été souligné que cela n'empêcherait pas le profilage si le représentant était un mandataire du créancier garanti.

48. Le Groupe de travail est convenu que, lorsqu'une recherche donnait un nombre excessif de résultats potentiellement positifs, des critères d'identification supplémentaires devraient être exigés. Il est donc convenu de supprimer le mot "autorisés" qui figurait entre crochets et de conserver sans crochets le mot "exigés". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 49, en décidant de conserver l'alinéa d) entre crochets pour l'examiner ultérieurement.

Recommandations 50 et 50 *bis* (Caractère juridiquement suffisant du nom du constituant dans un avis inscrit)

49. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 50 et 50 *bis* sans modification.

Recommandation 50 *ter* (Changement de nom ou autre élément d'identification du constituant)

50. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 50 *ter* sans modification.

Recommandations 51 à 53 (Caractère juridiquement suffisant de la description des biens visés par un avis inscrit)

51. Il a été convenu de réviser les recommandations 51 à 53 de manière à bien montrer que la recommandation 51 énonçait la règle principale tandis que les recommandations 52 et 53 traitaient respectivement la description de catégories génériques de biens et celle de biens à venir. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 51 à 53.

Recommandations 54 (Inscription anticipée) et 55 (Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties)

52. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 54 et 55 sans modification.

Recommandations 56 et 56 *bis* (Durée et renouvellement de l'inscription)

53. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 56 et 56 *bis* sans modification. Il a été convenu d'insérer un nouveau titre pour la recommandation 56 *bis* du type: "Moment où prend effet l'inscription".

Recommandations 57 et 57 *bis* (Radiation de l'inscription)

54. Il a été convenu que, pour tenir compte des mécanismes de crédit permanent, dans lesquels de nouvelles avances pouvaient être consenties à tout moment avant la fin du contrat de crédit, la fin de tous les engagements de crédit figure aussi parmi les conditions de radiation de l'inscription énumérées dans le chapeau de la recommandation 57. Il a également été convenu que, pour ne pas imposer au créancier garanti la contrainte, excessive, d'avoir à surveiller en permanence les

remboursements et à radier les inscriptions, l'alinéa a) soit modifié de manière à indiquer que celui-ci devrait procéder à la radiation dans un délai spécifié, après que le constituant en a fait la demande. Il a été dit que, d'après l'alinéa b), le constituant pouvait demander la radiation d'une inscription par une procédure simplifiée même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa a). On a cependant fait observer que, dans ce cas, le constituant aurait peut-être à supporter lui-même tous les frais en découlant. Il a été convenu que le commentaire devrait aborder ces questions. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 57. Il a aussi approuvé quant au fond la recommandation 57 *bis* sans modification.

Recommandation 57 *ter* (Modification de l'inscription)

55. Il a été convenu que le créancier garanti pourrait demander à tout moment la modification de l'avis inscrit. Il a aussi été convenu d'insérer dans la recommandation 57 *ter* un texte semblable à celui de la recommandation 57 pour traiter de la modification de l'avis par le constituant (par exemple, pour inclure une description plus précise des biens grevés). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 57 *ter*.

Recommandation supplémentaire sur l'inscription des cessions d'obligations garanties

56. Il a été suggéré d'insérer une nouvelle recommandation sur la question de savoir si, dans le cas d'une cession d'une obligation garantie, qui entraînerait le transfert au cessionnaire de toute sûreté garantissant l'obligation en question, l'avis inscrit devrait être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti. S'agissant du contenu de cette recommandation, des avis divergents ont été exprimés. Selon certains, malgré la cession, la dette était toujours due et la sûreté restait opposable aux tiers sans modification de l'avis inscrit. Selon d'autres, sans une telle modification, les informations enregistrées seraient inexactes, ce qui compromettrait la fiabilité du registre. À cela, il a été répondu que le fait de ne pas modifier le nom du créancier garanti ne devrait pas avoir pour effet de rendre la sûreté inopposable car, notamment, les tiers effectueraient des recherches dans le registre en utilisant le nom du constituant comme critère. Après discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer une recommandation appropriée et de la placer entre crochets afin qu'il examine la question ultérieurement.

57. Dans le courant des débats, il a été demandé si une recommandation ne devrait pas être élaborée à propos de la question de la nouvelle inscription lorsque l'obligation était assumée par une personne autre que le constituant. Il a été répondu que, comme, dans ce cas, le débiteur changerait mais non pas le constituant, il ne serait pas nécessaire de modifier l'avis inscrit.

Chapitre VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandations 58 à 85)

Objet

58. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section “objet” sans modification.

Recommandation 58 (Portée des règles de priorité)

59. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 58 sans modification.

Recommandation 59 (Obligations garanties concernées)

60. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte entre parenthèses figurant à l’alinéa b) de la recommandation 59 étant entendu que le commentaire préciserait que les avances futures avaient le même rang de priorité que la première avance consentie. Il a aussi été convenu que l’alinéa b) devrait mentionner expressément les avances futures ou autres obligations. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 59.

Recommandation 60 (Accords de cession de rang)

61. Il a été observé que la recommandation 60 devrait être revue de manière à permettre non seulement à un réclamant concurrent prioritaire mais également à un réclamant concurrent de même rang que le bénéficiaire de l’accord de cession de rang de renoncer à sa priorité en faveur d’un autre réclamant concurrent. Il a aussi été dit que la cession de rang devait porter sur un montant ne dépassant pas celui de la créance garantie du bénéficiaire de la cession. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 60 étant entendu que ces précisions seraient apportées dans le commentaire.

Recommandations 61 et 62 (Priorité des sûretés non opposables)

62. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si des sûretés qui n’étaient pas opposables aux tiers devraient néanmoins être opposables à certaines parties. Il a été convenu dans l’ensemble que de telles sûretés devraient être opposables entre le constituant et le créancier garanti.

63. Des points de vue divergents ont été exprimés sur le point de savoir si de telles sûretés devraient être opposables à n’importe quel tiers. Selon un avis, celles qui n’étaient pas opposables aux tiers devraient être opposables aux créanciers généraux (chirographaires) (voir recommandation 61 c)), ainsi qu’aux autres créanciers garantis dont les sûretés n’étaient pas opposables aux tiers (voir recommandation 61 b)). Il a été dit que, en dehors d’une procédure d’insolvabilité, il n’y avait aucune raison qu’une sûreté ne soit pas rendue opposable aux créanciers généraux (à l’exception des créanciers judiciaires). On a également fait observer que, entre deux sûretés non opposables, c’était celle qui était constituée la première qui avait priorité.

64. L'avis qui a prévalu a toutefois été qu'une sûreté qui n'était pas opposable aux tiers ne devrait avoir aucun effet sur les créanciers généraux ou les créanciers garantis dont les sûretés n'étaient pas opposables aux tiers. On a fait valoir qu'une telle approche serait simple et conforme au sens d'"opposabilité aux tiers" adopté dans le projet de guide. On a dit aussi que le résultat concret de cette approche, à savoir qu'il n'y aurait pas de problème de priorité entre les droits des créanciers garantis détenant des sûretés non opposables aux tiers, et qui auraient donc de ce fait des droits égaux entre eux et égaux aux droits des créanciers généraux, serait approprié et pouvait être examiné dans le commentaire.

65. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'une sûreté qui n'était pas opposable aux tiers devrait néanmoins être opposable au constituant mais non à d'autres créanciers garantis similaires ou à des créanciers généraux.

66. En ce qui concerne la recommandation 62, il a été largement estimé qu'elle reflétait correctement le principe selon lequel les créanciers judiciaires devraient avoir priorité sur les créanciers garantis dont les sûretés n'étaient pas opposables aux tiers. Sur le plan de la rédaction, il a été convenu que cette recommandation devrait être remaniée de manière à énoncer de manière positive que, lorsque la réalisation avait commencé, il était interdit au créancier garanti de rendre sa sûreté opposable aux tiers. Il a été convenu également que la recommandation 62 devrait être coordonnée avec la recommandation 71, qui traitait de la priorité entre un créancier judiciaire et un créancier garanti détenant une sûreté opposable aux tiers.

Recommandation 63 (Priorité des sûretés opposables)

67. Rappelant sa décision concernant la recommandation 35 (voir par. 10 ci-dessus), selon laquelle une sûreté ne pouvait devenir opposable aux tiers avant d'être constituée (c'est-à-dire avant de devenir opposable entre le constituant et le créancier garanti), le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait remplacer la première phrase de la recommandation 63 par le texte figurant dans la note qui suivait cette recommandation. On a fait observer que le texte indiquait qu'en cas d'inscription anticipée, la priorité comptait à partir du moment de la simple inscription ou de l'opposabilité aux tiers (c'est-à-dire inscription ou possession et constitution), selon ce qui intervenait en premier. Il a été largement estimé qu'une telle approche faciliterait et reconnaîtrait l'inscription anticipée, ce qui devrait avoir un effet bénéfique sur l'offre de crédit et sur le coût du crédit. Il a également été convenu que, pour les mêmes raisons, il faudrait faire référence à l'inscription dans un registre spécialisé de la propriété ou porter une annotation sur un certificat de propriété.

68. Il a été suggéré que, si le créancier garanti prenait possession des biens meubles corporels avant la constitution d'une sûreté, la priorité devrait compter à partir du moment de la remise de la possession. Cette suggestion a donné lieu à des objections. On a dit qu'à l'exception des valeurs mobilières, qui n'entraient pas dans le champ d'application du projet de guide et des instruments et documents négociables pour lesquels l'opposabilité aux tiers par possession conférait un rang supérieur, il était difficile d'envisager la remise de la possession de biens meubles corporels sans constitution (implicite ou explicite) d'une sûreté. On a également fait observer que, même si de telles situations pouvaient se présenter, le fait de donner une priorité rétroactive à des sûretés rendues opposables aux tiers par possession serait source d'insécurité juridique, car les tiers devraient suivre les biens pour

décider de prêter ou non en prenant ces biens en garantie. À l'issue du débat, il a été convenu que la question pourrait être soulevée dans une note que le Groupe de travail examinerait après avoir évalué diverses pratiques.

Recommandation 64 (Priorité d'une sûreté inscrite dans un registre spécialisé de la propriété ou par annotation portée sur un certificat de propriété)

69. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 64 sans modification (voir par. 76 ci-après).

Recommandation 65 (Maintien de la priorité lorsque l'opposabilité est assurée par plusieurs méthodes)

70. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait modifier la recommandation 65 pour donner effet à la décision qu'il avait prise concernant la recommandation 63 (voir par. 67 ci-dessus) en ajoutant une référence appropriée à l'inscription. Il est également convenu qu'une nouvelle recommandation devrait être ajoutée pour indiquer que, si l'opposabilité aux tiers s'interrompait, il faudrait rétablir la priorité à compter de la date de l'opposabilité aux tiers.

Recommandation 66 (Priorité des sûretés sur le produit)

71. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 66 sans modification.

Recommandations 67 à 69 (Priorité des droits des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés)

72. Différentes opinions ont été exprimées sur le point de savoir si l'acheteur de stocks dans le cours normal des affaires devrait acquérir ces derniers libres des sûretés du seul vendeur immédiat ou bien aussi des personnes auprès desquelles ce dernier avait acquis les biens. Selon un avis, il devrait acquérir les stocks libres des sûretés constituées par le seul vendeur immédiat (autrement dit il faudrait conserver le texte de la recommandation 67 qui figure entre crochets). On a fait observer que si l'acheteur devait acquérir les stocks libres de toutes sûretés, un constituant de mauvaise foi pourrait obtenir l'extinction de la sûreté en organisant deux ventes successives des biens grevés (par exemple du constituant A à B, puis de B à C, C prenant les biens libres des sûretés constituées par A).

73. L'avis qui a prévalu a toutefois été que les acheteurs, dans le cours normal des affaires, devraient acquérir les stocks libres de toutes sûretés (autrement dit il faudrait supprimer le texte entre crochets). On a fait valoir qu'il était important de protéger la fiabilité des opérations réalisées dans le cours normal des affaires. On a fait observer aussi que les créanciers garantis seraient protégés dans la mesure où leurs sûretés s'étendraient au produit de la vente de biens grevés (et au produit du produit), ce qui, en supposant que les acheteurs dans le cours normal des affaires soient de bonne foi, représenterait un prix raisonnable. Il a été souligné en outre que les créanciers garantis seraient protégés si la vente des biens grevés avait lieu en dehors du cours normal des affaires du vendeur.

74. Sur le plan de la rédaction, il a été suggéré de remanier la première phrase de la recommandation 67 de manière à indiquer clairement qu'elle constituait la règle principale, alors que la deuxième phrase de la recommandation 67 et les

recommandations 68 et 69 étaient des exceptions à cette règle. Cette suggestion a reçu un appui suffisant.

75. À l'issue du débat, il a été convenu de supprimer le texte figurant entre crochets dans la recommandation 67 et de modifier les recommandations 67 et 69 comme il est suggéré aux paragraphes 72 à 74 ci-dessus. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 67 à 69 quant au fond.

Recommandations supplémentaires sur la priorité des droits des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

76. Il a été estimé que non seulement les sûretés réelles mobilières (voir recommandation 64 et par. 69 ci-dessus) mais aussi les droits des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés inscrits sur un registre spécialisé de la propriété ou par annotation portée sur un certificat de propriété devraient avoir priorité sur les sûretés rendues opposables par inscription au registre général des sûretés. Cette idée a été suffisamment appuyée. Le secrétariat a été prié de préparer une recommandation.

77. L'avis a également été émis que les droits des personnes achetant des biens de consommation de bonne foi devaient primer les sûretés grevant des biens de consommation de faible valeur, de même que les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition. On a fait valoir qu'une recommandation dans ce sens était nécessaire au motif que les sûretés sur des biens de consommation de faible valeur et les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition en général n'étaient pas soumises à inscription (voir par. 15 ci-dessus et A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 128) et que, de ce fait, les acheteurs de biens de consommation n'étaient pas en mesure de découvrir leur existence éventuelle. Il a aussi été proposé que les droits des acheteurs de biens grevés soient prioritaires sur les sûretés grevant tout bien de faible valeur. Face à la crainte qu'une telle solution ne convienne pas pour les biens meubles corporels destinés à un usage commercial, il a été dit que la recommandation pourrait être limitée aux biens meubles corporels destinés à la consommation. Ces propositions ont suscité un certain intérêt. Le secrétariat a été prié d'en tenir compte dans une note qu'il soumettrait au Groupe de travail pour examen futur.

Recommandation 70 (Priorité des créances (privilégiées) légales)

78. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 70 sans modification.

Recommandation 71 (Priorité des droits des créanciers judiciaires)

79. Rappelant sa décision à propos de la recommandation 62 (voir par. 66 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu que la recommandation 71 devrait elle aussi être révisée de manière à énoncer la règle de manière plus explicite et être coordonnée avec la recommandation 62. Au sujet du libellé, il a été proposé de se référer dans la recommandation 71 aux "crédits octroyés" en général plutôt qu'aux "montants avancés" afin d'englober les prêts mais aussi les mécanismes de crédit permanent et des structures de prêt similaires (par exemple, les lettres de crédit). Il a

en outre été convenu que la recommandation soit étendue aux créanciers ayant obtenu une décision judiciaire provisoire.

80. Il a été proposé que la recommandation 71 soit modifiée de manière à faire primer un créancier garanti sur un créancier judiciaire même pour des crédits octroyés après le prononcé d'un jugement au motif que ses engagements étaient antérieurs. Il a été dit que, en l'absence d'une telle disposition, les prêteurs dans un certain nombre d'opérations de crédit à long terme importantes hésiteraient à s'engager à octroyer des crédits à l'avenir, que ce soit par avance de fonds ou par émission d'un engagement de garantie indépendant et que, s'ils en octroyaient, ils insisteraient pour que les fonds soient retirés par le constituant plus tôt que nécessaire, ce qui entraînerait des coûts supplémentaires pour ce dernier. Il a aussi été fait observer que, si le créancier garanti cessait de fournir des crédits dès qu'il prenait connaissance du jugement, il priverait le constituant de liquidités ou de nouveaux crédits à un moment où ceux-ci étaient absolument nécessaires et risquait ce faisant de conduire le constituant à la faillite. Cette proposition a suscité des objections. Il a été dit que, après le prononcé d'un jugement, le prêteur ne pouvait espérer primer le créancier judiciaire sur le fondement de son engagement et ne devrait pas en principe octroyer de crédit. Il a été ajouté que l'insertion de clauses, dans la documentation relative au prêt, autorisant le prêteur à ne plus approvisionner le constituant en crédit permettait d'obtenir ce résultat dans la pratique.

81. Dans le courant de la discussion, on a exprimé l'avis qu'il serait plus facile de régler la question si le projet de guide disposait que l'avis devrait préciser le montant maximum garanti (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 49 d)), car la priorité d'une sûreté pourrait être limitée à ce montant, de manière à libérer d'autres biens du constituant dans l'intérêt d'autres créanciers, comme les créanciers judiciaires.

82. Sous réserve des modifications mentionnées au paragraphe 79 ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 71 quant au fond, étant entendu que les questions soulevées plus haut seraient traitées dans le commentaire.

Recommandation 72 (Priorité des droits acquis sur des biens pour leur amélioration et leur stockage)

83. Il a été proposé de supprimer la recommandation ou du moins de limiter la priorité à la valeur ajoutée ou préservée, car une telle règle de priorité ne contribuait en rien à l'objectif de promotion du crédit garanti que s'était fixé le projet de guide. Après débat, le Groupe de travail est convenu de préciser que la priorité dans cette recommandation était limitée à la valeur ajoutée ou à la valeur préservée.

Recommandation 73 (Priorité des droits de revendication)

84. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "événement prévu dans le contrat de vente,". Il a été noté que, dans la pratique, les droits de revendication naissaient par application de la loi en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière d'un acheteur. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 73 quant au fond.

Recommandation 74 (Priorité des sûretés sur des instruments négociables)

85. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 74 sans modification.

Recommandation 75 (Priorité des sûretés sur des droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants)

86. Il a été convenu que la recommandation 75 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recommandation 62) devrait être étudiée en même temps que les autres recommandations traitant des sûretés sur des droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2).

Recommandations 76 à 78 (Priorité des sûretés sur des comptes bancaires)

87. Plusieurs remarques ont été faites. Tout d'abord, la recommandation 76 n'abordait pas la question des conflits de priorité entre une sûreté sur un compte bancaire rendue opposable par prise de contrôle et une sûreté sur le même compte bancaire rendue opposable par une autre méthode (par exemple une sûreté grevant le compte en tant que produit). Pour régler ce problème, il a été proposé qu'une sûreté rendue opposable par contrôle prime une sûreté rendue opposable par une autre méthode. Cette proposition a été suffisamment appuyée.

88. On a également fait observer que le bien grevé n'était pas le compte bancaire lui-même mais le droit de réclamer les fonds se trouvant sur le compte. Pour tenir compte de ce fait, il a été proposé de revoir la définition du "compte bancaire". On a par ailleurs estimé que le terme "contrôle" prêtait à confusion car il rappelait la possession physique. En ce qui concerne la définition de ce terme (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, note suivant la recommandation 42), on a exprimé la crainte que de nombreux pays ne soient pas en mesure de l'appliquer ni d'appliquer les règles de priorité en découlant, car, par exemple, conformément au droit bancaire, une banque n'était pas autorisée à accepter les instructions concernant un compte émanant d'une personne autre que le titulaire du compte et un compte bancaire ne serait pas transféré au créancier garanti – les fonds déposés sur ce compte seraient en revanche transférés sur un compte de ce créancier. Pour répondre à ces préoccupations, il a été proposé de revoir la définition du "compte bancaire" et du "contrôle". Cette proposition a été suffisamment appuyée.

89. En ce qui concerne la recommandation 77, il a été convenu qu'il faudrait mentionner que le droit à compensation n'est pas lésé par une sûreté et ne peut être invoqué que s'il est créé par une autre loi.

90. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 87 à 89 ci-dessus), le Groupe de travail a approuvé les recommandations 76 à 78 quant au fond.

Recommandations 79 (Priorité des sûretés sur l'argent) et 80 et 81 (Priorité des sûretés sur des documents négociables et des biens meubles corporels couverts par des documents négociables)

91. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 79 à 81 sans modification.

Recommandations 82 à 84 (Priorité des sûretés sur des biens rattachés)

92. Plusieurs propositions ont été avancées. D'abord, il a été suggéré que les recommandations 82 et 83 renvoient aux droits des acheteurs, des preneurs à bail et d'autres parties qui ont un droit sur des biens rattachés à des immeubles. Selon une autre proposition, le libellé des recommandations 82 et 83 devait être harmonisé de sorte que ces deux recommandations mentionnent l'inscription sur le registre immobilier. Selon une autre proposition encore, la recommandation 83 devait être maintenue sans crochets et les mots entre parenthèses devaient être supprimés (voir par. 33 ci-dessus). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 82 et 83. S'agissant de la recommandation 84, il a été convenu de la supprimer car elle répétait la règle générale.

Recommandation 85 (Priorité des sûretés sur des masses de biens meubles corporels ou produits finis)

93. Il a été convenu que l'alinéa a) devrait être maintenu sous la forme d'une recommandation distincte visant les sûretés sur des biens rattachés à des biens meubles pour lesquels il existe un registre spécialisé ou un système de certificats de propriété. S'agissant de l'alinéa b), il a été convenu que le commentaire devrait énoncer des exemples de règles de priorité afin de donner des orientations aux États. Il a également été convenu que le commentaire devrait évoquer des questions touchant, par exemple, la caractérisation des sûretés sur les loyers ou les cultures, qui, dans certains pays, ressortissent au régime des biens meubles et, dans d'autres, au régime des immeubles.

Chapitre X. Mécanismes de financement d'acquisitions (A/CN.9/WG.VI/ WP.24/Add.5, recommandations 125 à 135)

94. Faute de temps, le Groupe de travail a décidé de n'examiner que les recommandations 133 et 134.

Recommandation 133 (Priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant le produit de stocks)

95. Le Groupe de travail a examiné le texte placé entre crochets dans la recommandation 133 (approche unitaire et non unitaire), selon lequel la superpriorité d'une sûreté en garantie d'acquisitions sur le produit ne s'appliquait pas au produit sous forme de créances de sommes d'argent. Différents avis ont été exprimés. Après un échange de vues, il a été convenu que le texte placé entre crochets dans la recommandation 133 devrait rester entre crochets.

Recommandation 134 (Réalisation)

96. L'approche unitaire de même que l'approche non unitaire ont bénéficié d'un appui. S'agissant des deux variantes proposées pour mettre en œuvre l'approche non unitaire, elles ont toutes deux fait l'objet d'un soutien et de critiques. La nécessité de préserver l'équivalence fonctionnelle entre les divers mécanismes a été particulièrement soulignée. Par ailleurs, on a appuyé l'idée selon laquelle il fallait laisser aux États la souplesse voulue pour mettre en œuvre l'approche non unitaire.

Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 134 (approche unitaire) sans modification. En ce qui concerne les variantes apparaissant dans la recommandation 134 (approche non unitaire), il a estimé qu'elles devraient être maintenues. Il a également estimé que le commentaire devrait être étoffé pour expliquer de façon plus détaillée de quelle manière ces variantes pourraient être appliquées et quelles seraient leurs incidences précises.

V. Travaux futurs

97. Étant entendu que la Commission devrait, à sa trente-neuvième session, prévue à New York du 19 juin au 7 juillet 2006, approuver dans le principe le contenu des recommandations du projet de guide, le Groupe de travail est convenu de tenir une session supplémentaire, sa dixième session, à New York du 1er au 5 mai 2006. Il a noté que sa onzième session se tiendrait à Vienne du 4 au 8 décembre 2006, sous réserve de l'approbation de ces dates par la Commission à sa trente-neuvième session.

E. Note du Secrétariat sur les sûretés: recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa neuvième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XIII. Conflit de lois 136-154

XIII. Conflit de lois*

Objet

L'objet de règles de conflit de lois est de déterminer la loi applicable à chacune des questions suivantes: la constitution d'une sûreté réelle mobilière; les droits et obligations du créancier garanti et du constituant avant défaillance; l'opposabilité de la sûreté; sa priorité sur les droits des réclamants concurrents; et sa réalisation[25].

Ces règles sont également applicables: i) aux droits qui ne sont pas des "sûretés réelles mobilières" mais qui entrent dans le champ d'application du présent Guide (voir recommandation 3 f)); et ii) dans les États qui adoptent un système fondé sur une approche non unitaire pour les mécanismes de financement d'acquisitions, les droits d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur de biens meubles corporels qui reste propriétaire de ces biens.

Sûretés sur des biens meubles corporels

136. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 140 et 142, la constitution d'une sûreté sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant. [Pour les sûretés sur le type de biens meubles corporels mentionné dans la phrase précédente qui est soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que la recommandation 136 s'appliquera aux instruments négociables et aux documents*

---

* Recommandations élaborées en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

25 Le sens de ces termes est précisé aux chapitres IV, V, VI, VII et VIII.

négociables sous réserve de l'exception limitée prévue par la recommandation 140, selon laquelle la loi du lieu de situation du constituant détermine, dans des cas précis, si l'opposabilité d'une sûreté a été assurée par inscription. Il précisera également que la recommandation 142 prévoit une autre possibilité pour la loi régissant la constitution et l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation.

À la huitième session du Groupe de travail, il a été signalé que la règle énoncée dans la deuxième phrase de la recommandation 136 ne devrait pas s'appliquer si les biens étaient soumis à des systèmes d'inscription sur des registres spécialisés (voir A/CN.9/588, par. 87). Un texte a été inséré entre crochets dans la recommandation 136 en vue de l'examen de cette question par le Groupe de travail. Ce dernier voudra peut-être se concentrer sur la description exacte des types de bien auxquels cette règle devrait s'appliquer (par exemple les navires et les aéronefs.)

Le Groupe de travail pourrait en outre examiner si une règle semblable à la recommandation 140 devrait s'appliquer aux sûretés sur les biens meubles corporels visés par la recommandation 136. Dans l'affirmative, si la loi du lieu de situation constituant prévoyait l'opposabilité par inscription, la seule loi applicable à l'opposabilité des sûretés assurée par un moyen autre que la prise de possession serait cette même loi et non la loi du lieu de situation des biens.]

Sûretés sur des biens meubles incorporels

137. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant. [Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur des biens meubles incorporels qui sont soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où [...].]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que la recommandation 137, qui reprend le principe énoncé aux articles 22 et 30 de la Convention des Nations Unies sur la cession, s'applique, par exemple, aux créances de sommes d'argent. La seconde phrase, entre crochets, a pour but d'attirer l'attention du Groupe de travail sur le fait qu'une loi différente peut s'appliquer à d'autres biens meubles incorporels qui sont soumis à un enregistrement de la propriété, tels que les droits de propriété intellectuelle (par exemple, la* lex loci protectionis *pour les brevets et les marques et la* lex loci protectionis *ou la* lex originis *pour les droits d'auteur.*]

Sûretés sur les droits au produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

138. [voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2.]

Sûretés sur des comptes bancaires

139. Sauf disposition contraire dans la recommandation 140, la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur un compte bancaire, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté et sa réalisation sont régis

Variante A

par la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. La loi devrait aussi spécifier que, si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La variante A est une version abrégée de la règle énoncée aux articles 4-1 et 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ("Convention de La Haye"). Les règles de rattachement subsidiaire détaillées de l'article 5 de la Convention de La Haye seront incluses dans le commentaire avec des explications suffisantes*].

Variante B

par la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. En cas d'établissements multiples, il est fait référence au lieu où se trouve la succursale qui tient le compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la variante B devrait traiter des méthodes pour identifier la succursale qui tient un compte.*]

Opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens

140. Si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme un moyen de rendre opposable une sûreté sur l'un des types de biens grevés ci-après, sa loi détermine si l'opposabilité d'une sûreté sur ces biens a été assurée par inscription conformément à sa législation:

a) Instruments négociables;

b) Documents négociables; et

c) Comptes bancaires.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que dans la recommandation 140, l'État dont la loi régit l'opposabilité par inscription de sûretés sur les types de biens mentionnés est le même que celui dont la loi régit l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles incorporels. Par conséquent, des créanciers garantis souhaitant tendre leurs sûretés sur les types de biens mentionnés et sur des biens meubles incorporels opposables par voie d'inscription devront se conformer au système d'enregistrement d'un seul État. De la même manière, des tiers cherchant à déterminer si un créancier garanti détient une sûreté sur les types de biens mentionnés ou sur des biens meubles incorporels devront consulter le registre d'un seul État. La recommandation 140 ne s'applique qu'à*

l'opposabilité par inscription (et non par prise de contrôle ou par tout autre mode) et ne détermine pas quelle loi régit la priorité. Dans les recommandations 61 à 66 du document A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, une sûreté sur les types de biens mentionnés rendue opposable par inscription a un rang inférieur à une sûreté rendue opposable par prise de contrôle ou de possession.]

Sûretés sur le produit

141. La loi devrait prévoir:

a) Que la constitution d'une sûreté sur le produit est soumise à la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) Que l'opposabilité d'une sûreté sur le produit et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont soumises à la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] l'opposabilité et la priorité sur les droits des réclamants concurrents d'une sûreté sur des biens initialement grevés du même type que le produit.

Sûretés sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

142. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) en transit ou devant être exportés depuis l'État où ils se trouvent au moment de la constitution de la sûreté peut aussi être constituée et être rendue opposable conformément à la loi de l'État de destination finale, à condition que ces biens parviennent dans cet État dans un délai bref de [à spécifier] jours à compter de la date de la constitution de la sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera qu'une sûreté sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation peut être constituée et rendue opposable, selon la recommandation 136, conformément à la loi du pays où ces biens se trouvent au moment de la constitution, ou selon la recommandation 142, conformément à la loi du pays de destination finale. Il expliquera aussi que la loi de l'État de destination finale qui régit la constitution et l'opposabilité s'appliquera même en cas de conflit avec des droits concurrents constitués et rendus opposables alors que les biens destinés à l'exportation se trouvaient dans l'État d'origine. Le commentaire précisera en outre que la règle énoncée dans cette recommandation: i) s'applique aux biens grevés qui voyagent accompagnés ou non de documents négociables; ii) ne s'applique pas aux biens grevés qui ne voyagent pas, que les documents négociables eux voyagent effectivement ou non; et iii) ne s'applique pas aux documents négociables grevés, qu'ils voyagent ou non.*]

Signification du "lieu de situation" du constituant

143. La loi devrait prévoir qu'aux fins des recommandations du présent chapitre, le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

144. La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa b), le lieu de situation des biens ou du constituant dans les recommandations du présent chapitre désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment où la sûreté a été créée et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent;

b) Si tous les droits des réclamants concurrents sur un bien grevé sont nés avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, le lieu de situation du bien ou du constituant (selon le cas) dans les recommandations du présent chapitre désigne, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation avant ce changement.

Maintien de l'opposabilité après un changement de lieu de situation

145. La loi devrait prévoir que, si une sûreté est opposable conformément à la loi de l'État où se trouvent les biens grevés ou le constituant (selon le cas dans les recommandations du présent chapitre) et si ces biens ou ce constituant se trouvent ensuite dans le présent État (c'est-à-dire l'État qui a adopté la loi), la sûreté reste opposable conformément à la loi du présent État pendant une période de [à spécifier] jours après ce changement de lieu. Si les conditions requises par la loi du présent État pour rendre la sûreté opposable sont remplies avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi de l'État. Aux fins de toute règle du présent État selon laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence pour déterminer le rang de priorité, cette date est celle à laquelle ladite formalité a été accomplie conformément à la loi de l'État où les biens grevés ou le constituant se trouvaient avant leur déplacement vers le présent État.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que l'application de la disposition recommandée n'est pas fondée sur la réciprocité, en d'autres termes elle s'applique que l'État de situation initiale des biens grevés ou du constituant ait ou non adopté une disposition équivalente visant la situation inverse, à savoir le déplacement des biens grevés ou du constituant vers cet État. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 145 s'appliquera: i) si le bien ou le constituant se déplace d'un État adoptant ou non adoptant vers un État adoptant. La recommandation 145 (ou le Guide) ne s'appliquera pas si: i) le bien ou le constituant se déplace d'un État adoptant ou non adoptant vers un État non adoptant. Le commentaire précisera en outre que la dernière phrase de cette recommandation a pour effet de "faire remonter" le rang de priorité dans l'État d'arrivée à la date à laquelle la formalité d'opposabilité a été accomplie dans l'autre État.*]

Droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire, du tiré d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du bénéficiaire du transfert, de cet instrument ou document

147. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable transféré ou un document négociable transféré:

a) Les rapports entre un débiteur en compte et le cessionnaire de la créance de somme d'argent, entre le tiré d'un instrument négociable et le bénéficiaire du transfert de cet instrument, ou entre l'émetteur d'un document négociable et le bénéficiaire du transfert de ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance de somme d'argent, le transfert de l'instrument négociable ou le transfert du document négociable peuvent être opposés au débiteur en compte, au tiré de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le tiré en compte, le tiré de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le projet de guide comporte des recommandations aussi bien sur le droit matériel que sur le droit international privé concernant les droits et obligations de l'émetteur/garant ou de la personne désignée (recommandations 25* bis *et 25* ter *du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2 et recommandation 138), de la banque dépositaire (recommandation 26 du document A/CN.9/WG.VI/WP.21 et recommandation 139), du débiteur en compte dans le cas d'une cession de créances de sommes d'argent (recommandations 17 à 23 du document A/CN.9/WG.VI/WP.21 et recommandation 147) et du tiré d'un instrument négociable (recommandation 24 du document A/CN.9/WG.VI/WP.21 et recommandation 147). Le projet de guide comprend en outre une recommandation sur le droit matériel en ce qui concerne les droits et les obligations de l'émetteur d'un document négociable (recommandation 109 du document A/CN.9/WG.VI//WP.21/Add.2). Le Groupe de travail voudra peut-être étendre le champ d'application de la recommandation 147 aux rapports entre l'émetteur d'un document négociable et le bénéficiaire du transfert de ce document, car la même relation tripartite existe dans ce cadre et la même règle de conflit de lois pourrait s'appliquer.*

Le Groupe de travail notera peut-être en outre que la recommandation 3 f) du document A/CN.9/WG.VI/WP.21 prévoit que, la loi devrait s'appliquer "en général", aux transferts absolus (ou purs et simples) de créances de sommes d'argent. Cependant, la définition du terme "créance de somme d'argent" au paragraphe 21 o) du document A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation de paiement en rapport avec un compte bancaire. Par conséquent, les transferts absolus de tous ces types d'obligations sont exclus du champ d'application du projet de guide et laissés à d'autres lois régissant les opérations non garanties. Si ce résultat convient peut-être aux obligations de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et en rapport avec un compte bancaire, qui sont soumises à des règles spéciales et qui ont

également été exclues du champ d'application de la Convention des Nations Unies sur la cession, il ne convient peut-être pas aux obligations de payer en vertu d'un instrument négociable. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier la question et décider si le projet de guide devrait s'appliquer à l'obligation de payer en vertu d'un instrument négociable, en tenant compte du fait qu'il faudra peut-être ajouter des recommandations spéciales à cet égard.]

Réalisation des sûretés

148. Sous réserve des recommandations sur la loi applicable à la réalisation des sûretés après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant les biens du constituant, la loi devrait prévoir que les questions touchant la réalisation d'une sûreté sont régies par

Variante A

la loi de l'État où a lieu la réalisation.

Variante B

la loi régissant la convention constitutive de sûreté. Toutefois, un créancier garanti ne peut prendre possession de biens meubles corporels grevés sans le consentement de la personne qui les a en sa possession que conformément à la loi de l'État dans lequel se trouvent ces biens au moment où il en prend possession.

Incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir recommandation K et note dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "K. La loi devrait prévoir que, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la constitution d'une sûreté, son opposabilité, sa priorité et sa réalisation sont régies par la loi qui serait applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. La présente recommandation n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle relative à l'insolvabilité, non plus que celles relatives à l'annulation, à la priorité ou à la réalisation des sûretés. Voir également recommandations 30 et 31 du Guide sur l'insolvabilité. Le commentaire précisera la relation entre cette recommandation et les recommandations 30 et 31 du Guide sur l'insolvabilité. Il expliquera aussi que cette recommandation vise les règles relatives à l'insolvabilité qu'elles aient trait à la procédure, au fond, à la compétence ou à d'autres aspects.*]

Exclusion du renvoi

149. La loi devrait prévoir que la référence dans les recommandations du présent chapitre à la "loi" d'un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi en vigueur dans cet État à l'exception de ses règles de conflit.

Ordre public et lois de police

150. La loi devrait prévoir que:

a) L'application de la loi déterminée conformément aux recommandations du présent chapitre ne peut être écartée par le for que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for;

b) Un for peut appliquer les dispositions de sa propre loi qui, quelles que soient les règles de conflit de lois, s'imposent même aux situations internationales; et

c) Les dispositions de la loi du for ne peuvent être appliquées à l'opposabilité ou à la priorité entre réclamants concurrents en vertu des règles énoncées aux alinéas a) et b), sauf si la loi du for est la loi applicable en vertu des recommandations du présent chapitre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera le sens des termes "ordre public" et "lois de police" mentionnés dans la recommandation 150. Les alinéas a) et b), qui s'inspirent des paragraphes 1 et 2 de l'article 11 de la Convention de La Haye, ont été rédigés conformément à une suggestion faite à la huitième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/588, par. 107). L'alinéa c), qui suit le libellé du paragraphe 3 de cet article 11, est également inspiré des articles 30 à 32 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Il vise à empêcher que la sécurité juridique concernant la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté, assurée par les recommandations du présent chapitre, ne soit compromise par l'application de la loi du for.*]

Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 151 à 154 sont censées assurer la sécurité juridique* ex ante *concernant l'application des recommandations non seulement par un État à plusieurs unités mais aussi, et surtout, par un État unitaire lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités. Si le Groupe de travail estime que ces recommandations sont trop détaillées pour un guide, il pourrait examiner si ces questions devraient faire l'objet de recommandations plus générales et d'explications appropriées dans le commentaire.*]

151. La loi devrait prévoir que, pour l'application des recommandations du présent chapitre aux situations où l'État dont la loi régit une question est un État à plusieurs unités:

a) Sous réserve de l'alinéa b), les références à la loi d'un État à plusieurs unités désignent la loi de l'unité territoriale concernée (déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou d'un bien grevé ou autrement conformément aux recommandations du présent chapitre) et, dans la mesure où elle est applicable dans ladite unité, la loi de l'État à plusieurs unités concerné;

b) Si la loi en vigueur dans une unité territoriale d'un État à plusieurs unités désigne la loi d'une autre unité territoriale de cet État comme étant la loi régissant l'opposabilité ou la priorité, la loi qui régit cette question est la loi de cette autre unité territoriale.

152. La loi devrait prévoir que si, conformément aux recommandations du présent chapitre, la loi applicable est la loi d'un État à plusieurs unités ou de l'une de ses unités territoriales, les règles de conflit internes en vigueur dans cet État

détermineront si ce sont les règles de droit matériel de cet État ou d'une unité territoriale particulière de cet État qui s'appliquent.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations 151 et 152 suivent respectivement le libellé des paragraphes 2 et 3 de l'article 12 de la Convention de La Haye. Il pourrait envisager une définition du terme "État à plusieurs unités" inspirée de l'article 1-1 m) de cette convention (le terme "État à plusieurs unités" désigne un État dans lequel deux unités territoriales ou plus de cet État ou cet État et une ou plusieurs de ses unités territoriales ont leurs propres règles de droit se rapportant à l'une quelconque des questions mentionnées dans les recommandations du présent Guide).*]

153. La loi devrait prévoir que, si le titulaire du compte et la banque dépositaire ont convenu que la loi applicable est la loi d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités:

a) La référence à "l'État" dans la première phrase de la recommandation 139 (variante A) vise cette unité territoriale;

b) La référence à "cet État" dans la deuxième phrase de la recommandation 139 (variante A) vise l'État à plusieurs unités concerné.

154. La loi devrait prévoir que la loi d'une unité territoriale s'applique si:

a) Dans les recommandations 139 (variante A) et 153, la loi désignée est celle d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités;

b) Conformément au droit de cet État, la loi d'une unité territoriale s'applique uniquement si la banque dépositaire a un établissement dans cette unité territoriale qui remplit la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 139 (variante A); et

c) La règle énoncée à l'alinéa b) était en vigueur au moment où la sûreté sur le compte bancaire a été constituée.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations 153 et 154, qui suivent respectivement le libellé des paragraphes 1 et 4 de l'article 12 de la Convention de la Haye, seront peut-être nécessaires si le Groupe de travail décide de conserver la variante A de la recommandation 139.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1

Rapport du Secrétaire général: recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

VII. Droits et obligations des parties avant défaillance 86-87

VIII. Défaillance et réalisation 88-124

VII. Droits et obligations des parties avant défaillance

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance est:

a) D'énoncer des règles sur les clauses supplémentaires à insérer dans une convention constitutive de sûreté pour rendre les opérations garanties plus efficaces et plus prévisibles;

b) De réduire le coût des opérations en évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger des clauses à insérer dans la convention constitutive de sûreté, lorsque ces règles constituent une base acceptable sur laquelle s'entendre;

c) De réduire les risques de litiges;

d) De fournir un outil d'aide à la rédaction ou une liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder lorsqu'elles négocieront et concluront la convention constitutive de sûreté; et

e) D'encourager l'autonomie des parties.

Autonomie des parties

86. [La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de [spécifier les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ou qui ne peuvent être modifiées par convention], le créancier garanti et le constituant peuvent déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations respectifs ou modifier ces dispositions par convention. Une telle convention ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 86 sera insérée dans les dispositions générales du projet de guide – voir A/CN.9/588, par. 47*.]

Règles supplétives

87. La loi devrait comprendre des règles supplétives non impératives qui s'appliqueraient en l'absence de convention contraire des parties. Ces règles devraient notamment:

a) Prévoir que soit le constituant soit le créancier garanti en possession des biens grevés devra prendre soin de ces biens;

b) Préserver les sûretés sur les biens grevés, y compris le droit au produit ou aux fruits civils tirés de ces biens;

c) Prévoir le droit pour le constituant de continuer d'exercer son activité, y compris le droit d'utiliser les biens grevés, de les mélanger et d'en disposer dans le cours normal des affaires; et

d) Assurer l'extinction d'une sûreté une fois que l'obligation qu'elle garantit a été payée ou exécutée d'une autre manière.

VIII. Défaillance et réalisation

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à la défaillance et à la réalisation est:

a) De prévoir des procédures claires et simples permettant de réaliser des sûretés de façon prévisible et efficace après défaillance du débiteur;

b) De prévoir des procédures permettant de maximiser la valeur de réalisation potentielle des biens grevés pour le constituant, le créancier garanti et les autres créanciers du constituant;

c) De prévoir des méthodes rapides de réalisation judiciaire et, sous réserve des mesures de protection appropriées, de réalisation extrajudiciaire afin que le créancier garanti réalise la valeur des biens grevés;

d) De coordonner le régime de réalisation des sûretés avec d'autres lois régissant l'exécution de créances sur des biens grevés, y compris avec la loi sur l'insolvabilité.

Application du présent chapitre aux transferts absolus de créances de sommes d'argent

88. La loi devrait prévoir que le présent chapitre s'applique à l'exercice de ses droits par un cessionnaire de créances de sommes d'argent qui a acquis celles-ci par transfert absolu, uniquement dans la mesure où, conformément aux conditions de ce transfert, il est possible de se retourner contre le cédant en cas de défaut de paiement de la part du débiteur en compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 88 vise à bien préciser que, si le Guide s'applique de façon générale aux transferts absolus de créances de sommes d'argent, ce chapitre ne s'applique qu'aux transferts absolus à titre de garantie*.]

Règle générale de conduite

89. La loi devrait prévoir que toutes les parties doivent exercer leurs droits et exécuter leurs obligations conformément aux recommandations du présent chapitre de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Responsabilité pour non-respect des recommandations du présent chapitre

89 *bis*. La loi devrait prévoir qu'une partie qui n'observe pas les recommandations du présent chapitre est responsable de toute perte causée par ce manquement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'appliquer les principes énoncés dans les recommandations 89 et 89* bis *à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations dans tous les chapitres du Guide*.]

Autonomie des parties

90. La loi devrait prévoir que la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 89 ne peut à aucun moment être écartée unilatéralement ni modifiée par convention.

[91.] Sous réserve de la recommandation 90, la loi devrait permettre: i) au constituant et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière d'écarter unilatéralement ou de modifier par convention, uniquement après défaillance, tous droits et voies de droit qui s'offrent à eux dans les recommandations du présent chapitre; et ii) au créancier garanti d'écarter unilatéralement ou conventionnellement, à tout moment, tous droits et voies de droit qui s'offrent à lui dans les recommandations du présent chapitre. Une modification par convention est sans incidence sur les droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il incombe à une personne contestant une convention de montrer que celle-ci a été conclue avant la défaillance ou est contraire à la recommandation 90.

Droits et voies de droit après défaillance

92. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant et le créancier garanti bénéficient des droits et voies de droit prévus dans les recommandations du chapitre, dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux recommandations impératives du chapitre) et dans toute autre loi.

Voies de droit du créancier garanti

93. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes à l'égard d'un bien grevé:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé;

b) Obtenir paiement lorsque le bien grevé revêt la forme d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable, d'un compte bancaire ou d'un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant;

c) Exercer ses droits en vertu d'un document négociable;

d) Disposer du bien grevé;

e) Proposer au constituant de se faire attribuer le bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie; et

f) Exercer toute autre voie de droit prévue dans la convention constitutive de sûreté (sauf si elle est contraire aux recommandations impératives du présent chapitre) ou dans toute autre loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la règle d'interprétation selon laquelle "le singulier implique le pluriel et vice-versa" sera insérée dans les dispositions générales du Guide*.]

Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

94. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait permettre au créancier garanti après défaillance d'exercer les voies de droit décrites dans la recommandation 93:

a) En recourant à un tribunal ou une autre autorité; ou

b) Sans recourir à un tribunal ou une autre autorité.

Voies de droit du constituant

95. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant peut exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes:

a) À tout moment avant que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, se le fasse attribuer ou reçoive paiement, régler intégralement l'obligation garantie, y compris les intérêts et frais de réalisation comptés jusqu'à complet règlement, et obtenir la libération de tous les biens grevés garantissant cette obligation;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'est pas acquitté ou ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des recommandations du présent chapitre en ce qui concerne la réalisation extrajudiciaire;

c) Rejeter la proposition du créancier garanti de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie dans les délais prescrits par les recommandations du présent chapitre; et

d) Exercer toute autre voie de droit prévue dans la convention constitutive de sûreté (sauf si elle est contraire aux recommandations impératives du présent chapitre) ou dans toute autre loi.

Cumul des voies de droit

96. La loi devrait prévoir que l'exercice d'une voie de droit n'empêche pas l'exercice d'une autre voie de droit.

Autres voies de droit

97. La loi devrait prévoir que l'exercice, conformément à ses dispositions, de voies de droit en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas le créancier garanti d'exercer les voies de droit qui s'offrent à lui pour l'obligation garantie par ce bien. La loi devrait aussi prévoir que l'exercice de voies de droit en ce qui concerne une obligation garantie n'empêche pas le créancier garanti d'exercer les voies de droit qui s'offrent à lui pour un bien grevé garantissant cette obligation.

Libération des biens grevés après complet paiement

98. La loi devrait prévoir qu'après défaillance et avant que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, se le fasse attribuer ou reçoive paiement, le débiteur, le constituant ou toute autre partie intéressée (par exemple, un créancier garanti dont la sûreté a un rang inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, d'un garant ou d'un copropriétaire des biens grevés) a le droit de payer l'obligation garantie dans son intégralité, y compris les intérêts et frais de réalisation comptés jusqu'à complet paiement. La loi devrait spécifier que ce paiement a pour effet de libérer tous les biens grevés garantissant cette obligation ou, dans la mesure où le prévoit une autre loi, de subroger toute autre partie intéressée effectuant le paiement dans les droits du créancier garanti.

[Notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire

99. La loi devrait:

a) Déterminer si, quand et à qui un créancier garanti est tenu de notifier son intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire d'une sûreté après défaillance;

b) Indiquer la manière dont la notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être ainsi que son contenu minimal et préciser si la notification [au constituant] devrait contenir un décompte du montant dû et une description des mesures que le débiteur ou le constituant doit prendre pour obtenir la libération des biens grevés conformément à la recommandation 98;

c) Prévoir que la notification devrait être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu, par exemple la langue de la convention constitutive de sûreté;

d) Déterminer si la notification doit être inscrite dans le registre général des sûretés;

e) Déterminer les conséquences juridiques du non-respect des recommandations régissant la notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire; et

f) Énumérer les cas dans lesquels la notification n'est pas nécessaire pour éviter un effet négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés (par exemple, biens meubles corporels périssables ou autres biens dont la valeur peut diminuer rapidement).]

Objections à la réalisation extrajudiciaire

100. La loi devrait prévoir qu'aucune de ses dispositions n'empêche le débiteur, le constituant ou d'autres parties intéressées (par exemple, un créancier garanti de rang inférieur à celui du créancier garanti qui procède à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) de saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'est pas acquitté ou ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des recommandations du présent chapitre. La loi devrait prévoir des mesures de protection pour décourager les demandes dépourvues de fondement et pour éviter que la réalisation des biens grevés par le créancier garanti ne soit abusivement empêchée ou retardée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le principe donnant au débiteur, au constituant ou à d'autres tiers intéressés le droit de saisir le tribunal pour sanctionner les manquements du créancier garanti devrait s'appliquer de façon générale à l'exercice de tous les droits et voies de droit prévus par les recommandations du présent chapitre et pas uniquement à la réalisation extrajudiciaire*.]

Droit du créancier garanti de prendre possession d'un bien grevé

101. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à prendre possession d'un bien meuble corporel grevé. Il peut obtenir possession de ce bien sans saisir un tribunal ou une autre autorité, mais uniquement si cela est possible sans recours à la force ou menace d'y recourir. [La loi devrait prévoir des procédures accélérées pour les cas où le créancier garanti saisit un tribunal ou une autre autorité pour obtenir possession d'un bien grevé.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le principe de la procédure judiciaire simplifiée devrait être reformulé en tant que principe général qui s'appliquerait à l'exercice de tous les droits et voies de droit prévus dans les recommandations du présent chapitre. Dans l'affirmative, on pourrait envisager un libellé du type "La loi devrait prévoir une procédure judiciaire simplifiée pour l'exercice des droits et voies de droit du créancier garanti, du constituant et de toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur les biens grevés." Le commentaire précisera qu'une personne fondée à agir conformément à la recommandation 100 peut le faire en cas de non-respect de cette recommandation. En outre, la section du Guide consacrée à la terminologie donnera une définition de la "possession" comme désignant la possession effective et non la possession fictive ou virtuelle*.]

Recouvrement de créances de sommes d'argent

102. Lorsque le bien grevé est une créance de somme d'argent, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut recouvrer ou réaliser d'une autre manière cette créance.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti a aussi la possibilité de choisir de disposer d'une créance de somme d'argent conformément aux recommandations 93 d) et 110*.]

103. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance de somme d'argent l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'un droit personnel ou réel (tel qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement ou l'exécution de la créance ou à réaliser ce droit personnel ou réel d'une autre manière.

Instruments négociables

104. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a le droit de demander au tiré paiement d'un instrument négociable qui a été grevé. Toutefois, dans les relations entre le créancier garanti et i) le tiré; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire donnera les exemples suivants:*

a) Le tiré peut être tenu de ne payer qu'au porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et

b) Le droit du tiré d'opposer des exceptions à cette obligation est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.]

105. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou l'exécution d'un instrument négociable l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'un droit personnel ou réel (tel qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement ou l'exécution de l'instrument ou à réaliser ce droit personnel ou réel.

Droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

106. [Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2.]

Comptes bancaires

106 *bis*. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un compte bancaire peut exercer toute voie de droit s'offrant aux créanciers garantis dans le présent chapitre. Toutefois, le droit d'obtenir paiement de la banque dépositaire est soumis à la recommandation [...].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation dont il est question dans la dernière phrase ci-dessus, qui pourrait être insérée dans une nouvelle section du Guide consacrée aux droits et aux obligations des tiers, pourrait être libellée à peu près comme suit: "La loi devrait prévoir qu'aucune disposition du présent Guide n'oblige une banque dépositaire à payer une personne autre i) que son client pour ce qui est du compte bancaire et ii) un créancier garanti qui contrôle le compte bancaire conformément à un accord conclu avec elle."*]

107. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti qui contrôle un compte bancaire a le droit de réaliser sa sûreté comme une banque dépositaire s'il n'est autre que la banque dépositaire ou, s'il ne l'est pas, conformément aux clauses

de l'accord de contrôle conclu avec la banque sans avoir à recourir à un tribunal ou à une autre autorité.

108. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui ne contrôle pas un compte bancaire ne peut réaliser sa sûreté contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la définition ci-après sera insérée dans la section du Guide consacrée à la terminologie: "Un créancier garanti a le 'contrôle' d'un compte bancaire i) lorsqu'il est la banque dépositaire; ii) lorsque la banque dépositaire a convenu de suivre ses instructions concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement (l'accord par lequel la banque convient de suivre les instructions est appelé 'accord de contrôle'); ou iii) lorsque le créancier garanti est client de la banque pour ce qui est du compte bancaire."*]

Documents négociables

109. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a le droit de se prévaloir d'un document négociable à l'encontre de l'émetteur ou de tout autre obligé. Toutefois, dans les relations entre le créancier garanti et l'émetteur ou un autre obligé, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par la loi régissant les documents négociables.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire donnera l'exemple de l'émetteur susceptible d'être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les concernant*.]

Disposition des biens grevés

110. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit de vendre, de louer ou de mettre sous licence un bien grevé ou encore d'en disposer d'une autre manière conformément à la recommandation 93 d).

110 *bis*. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui dispose de biens grevés sans recourir à un tribunal ou à une autre autorité peut choisir la méthode, les modalités, le moment, le lieu et d'autres aspects de la disposition.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que cette recommandation est soumise à l'obligation énoncée dans la recommandation 89 de se comporter de bonne foi et de manière commercialement raisonnable. Il expliquera aussi que cette recommandation a pour but et pour effet d'établir un équilibre entre les intérêts du constituant (et de ses autres créanciers) et ceux du créancier garanti en laissant une certaine latitude dans le choix de la méthode de disposition utilisée de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables*.]

Notification préalable concernant la disposition extrajudiciaire des biens grevés

111. La loi devrait déterminer si un créancier garanti est tenu d'adresser une notification concernant la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé après défaillance. Lorsqu'elle exige une telle notification, la loi devrait:

a) Spécifier que la notification doit être adressée: i) au constituant, au débiteur et à toute autre personne qui doit payer l'obligation garantie; ii) à toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, avant l'envoi de la notification au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et iii) à tout autre créancier garanti qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la notification au constituant, a inscrit un avis de constitution de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant ou qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti;

b) Indiquer la manière dont cette notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être ainsi que son contenu minimal et préciser si la notification [au constituant] devrait contenir un décompte du montant dû et autoriser le débiteur ou le constituant à obtenir la libération des biens grevés conformément à la recommandation 98;

c) Prévoir que la notification doit être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu (une notification adressée au constituant est suffisante si elle est formulée dans la langue de la convention constitutive de sûreté, et lorsque la sûreté a été rendue opposable par inscription, une notification adressée à toutes les autres personnes est suffisante si elle est formulée dans la langue du registre);

d) Déterminer les conséquences juridiques du non-respect des recommandations régissant la notification des actes de disposition extrajudiciaire; et

e) Énumérer les cas dans lesquels la notification n'est pas nécessaire soit parce que le délai associé à l'obligation de notification préalable pourrait avoir un effet négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés (comme dans le cas de biens meubles corporels périssables ou d'autres biens dont la valeur pourrait diminuer rapidement) soit parce que les biens grevés sont d'un type vendu sur un marché reconnu (ce qui rendrait inutile la notification préalable).

112. La loi devrait énoncer des règles pour que la notification puisse être donnée de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur de réalisation potentielle des biens grevés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera que le commentaire expliquera que ces règles devraient assurer l'équilibre entre l'intérêt du créancier garanti à avoir une certaine flexibilité pour disposer rapidement du bien grevé afin de tirer parti de conditions favorables sur le marché (intérêt qui profite également au constituant et à d'autres parties intéressées) et celui du constituant et de ces autres parties à être avisés suffisamment tôt de la disposition pour qu'ils puissent prendre des mesures afin de mieux protéger leurs intérêts (telles qu'identifier des acheteurs potentiels du bien grevé ou assister à une disposition publique du bien grevé afin de s'assurer que le créancier garanti se conforme aux obligations du présent chapitre)*.]

Attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie

113. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti peut proposer de se faire attribuer, sans recourir à un tribunal ou à une autre autorité, un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

114. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui propose de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie doit envoyer cette proposition, en spécifiant le montant dû à la date d'envoi de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont il propose l'exécution par la prise en paiement du bien grevé:

a) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne qui doit payer l'obligation garantie (par exemple, un garant);

b) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et

c) À tout autre créancier garanti qui a inscrit un avis de constitution de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant [plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant,] ou qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti.

115. La loi devrait prévoir que, si une personne à qui une proposition de prise en paiement d'un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie doit être envoyée en vertu de la recommandation 114 s'oppose à cette proposition par écrit dans [un délai bref, par exemple 20 jours] à compter de cet envoi, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa proposition.

Produit de la réalisation excédentaire ou insuffisant

116. La loi devrait prévoir que le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement des obligations garanties. Sous réserve des dispositions de la recommandation 117, le créancier doit verser tout excédent restant, après affectation du produit net au paiement des obligations, aux réclamants concurrents de rang inférieur qui, avant toute répartition de cet excédent, l'ont avisé par écrit de leurs droits sur un éventuel excédent. Tout solde restant doit être remis au constituant.

117. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas ou non de litige concernant les droits d'un réclamant concurrent ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. En pareil cas, l'excédent devrait être réparti conformément aux règles de priorité prévues par la présente loi.

118. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des règles de priorité prévues par la présente loi.

119. La loi devrait prévoir que le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

120. La loi devrait prévoir qu'à tout moment avant la disposition d'un bien grevé, son attribution ou le paiement définitifs, un créancier garanti dont la sûreté a priorité sur celle d'un [créancier garanti] [réclamant concurrent] procédant à la réalisation, a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation engagé par ce [créancier garanti] [réclamant concurrent]. Ce droit comprend le droit de poursuivre la réalisation engagée par le [créancier garanti] [réclamant concurrent], de procéder à la réalisation suivant une autre méthode prévue par les recommandations du présent chapitre, et de choisir si toute voie de droit prévue par les recommandations du présent chapitre sera administrée ou non par un tribunal ou une autre autorité.

Propriété ou autre droit acquis par disposition non judiciaire

121. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti choisit de disposer d'un bien grevé sans recourir à un tribunal ou une autre autorité, la personne qui, suite à la disposition, acquiert la propriété ou un autre droit sur ce bien de bonne foi l'acquiert sous réserve des droits qui avaient priorité sur la sûreté du [créancier garanti] [réclamant concurrent] procédant à la réalisation, mais libre des droits du constituant, du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation. La même règle s'applique à la propriété ou autre droit acquis par un créancier garanti qui s'est fait attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

Propriété ou autre droit acquis par disposition judiciaire

122. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, la propriété ou autre droit acquis par le bénéficiaire de la disposition sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution (pour la répartition du produit de la disposition, voir recommandation 118).

Chevauchement entre le droit des sûretés mobilières et le droit des sûretés immobilières

123. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté grevant des biens rattachés à des biens immeubles peut être réalisée conformément à la loi régissant les opérations garanties ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; et

b) Si une obligation envers un créancier est garantie à la fois par une sûreté réelle mobilière sur un bien du constituant et par des droits réels sur un bien immeuble du constituant, ce créancier garanti peut soit réaliser à la fois cette sûreté et ces droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles, soit réaliser cette sûreté conformément à la loi régissant les

opérations garanties et ces droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles.

Coordination avec d'autres lois

124. La loi devrait être coordonnée avec les règles générales de procédure civile de façon à donner aux créanciers garantis le droit d'intervenir dans les procédures judiciaires engagées par d'autres créanciers du constituant afin de protéger leurs sûretés et d'obtenir le même rang de priorité que celui que leur confère la loi.

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2

Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant: définitions et recommandations

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant . . . . . .

I. Définitions . . . . . .

II. Recommandations . . . . . .

Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

I. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, paragraphe 21 y), z), aa) et bb))

y) Le terme "engagement de garantie indépendant" désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (garantie sur demande, à première demande, bancaire, ou contre-garantie bancaire) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande.

z) Le terme "droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant" désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé ou un autre objet de valeur, que doit dans chaque cas remettre le garant/émetteur honorant le tirage d'un engagement de garantie indépendant ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il ne désigne pas [:] i) le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c'est-à-dire de demander paiement); ni ii) ce qui est reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur ou la personne désignée, ou après disposition du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit lui-même).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que la définition ne vise que le "droit de recevoir", quelle que soit la prestation payée ou fournie lorsqu'un tirage est honoré, et non le droit de tirage, autrement dit le droit*

de demander paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant. Il expliquera aussi que le droit de recevoir le produit ne comprend pas le produit lui-même, à savoir ce qui est effectivement reçu une fois que le tirage a été honoré par le garant/émetteur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d'une prestation d'une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l'acte d'honorer ou de disposer) ou après disposition d'un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. Le commentaire fera par ailleurs ressortir la distinction entre le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) et le "produit" (concept clef dans le présent Guide) de ce droit. Le Groupe de travail notera que la référence au "bénéficiaire-constituant", jugée superflue, a été supprimée, ce qui est permet de s'aligner sur le traitement accordé dans le Guide au terme "créance de somme d'argent" (qui n'est pas défini par rapport au constituant). De plus, lors de l'octroi de la sûreté, il se peut que le constituant ne soit pas encore bénéficiaire, l'engagement de garantie indépendant n'existant en effet peut-être même pas à ce moment-là. La personne fondée à recevoir paiement est déterminée par une autre loi (dans le contexte des créances de sommes d'argent, par exemple, le Guide ne précise pas qui est fondé à recevoir paiement).]

aa) Le terme "garant/émetteur" désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant. Il désigne également une banque ou une autre personne qui confirme une lettre de crédit ("confirmateur") ou qui émet une contre-garantie.

bb) Le terme "personne désignée" désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, "toute banque dans un pays X") comme étant la personne désignée pour fournir une prestation, à savoir acheter ou payer sur présentation de documents, et qui agit conformément à cette désignation. Il inclut une personne qui est désignée pour confirmer et qui confirme conformément à cette désignation.

hh) Le terme "contrôle" en ce qui concerne un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une prestation suite au tirage de l'engagement de garantie indépendant: i) n'est autre que le créancier garanti, ou ii) a émis une acceptation en faveur du créancier garanti. Le terme "acceptation" en ce qui concerne un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l'engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement: i) a accepté la constitution d'une sûreté sur ce droit (que cette sûreté soit appelée "cession" ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés, ou ii) s'est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite au tirage de l'engagement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Cette nouvelle définition a été rédigée à la demande du Groupe de travail (voir A/CN.9/588, par. 81). Le commentaire précisera que ces définitions doivent être lues conjointement avec toutes les recommandations relatives aux engagements de garantie indépendants (3 d), 16, 25, 25* bis, *25* ter, *25* quater, *49, 62, 106, 138 et 138* bis*).*]

II. Recommandations

Parties, obligations garanties et biens visés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 3 d), 16 et 25)

3. En particulier, la loi devrait disposer qu'elle s'applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d'argent, les instruments négociables (tels que les chèques, les lettres de change et les billets à ordre), les documents négociables (tels que les connaissements), les comptes bancaires, les droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle;

Sûretés sur une sûreté ou sur un autre droit garantissant une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou une autre obligation

16. La loi devrait prévoir que dès qu'une sûreté est constituée sur une créance de somme d'argent, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté est créée automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, sur toute sûreté ou autre droit personnel ou réel donnés en garantie du paiement ou de l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation. Cependant, si en vertu de la loi qui régit une sûreté ou un autre droit garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté sur cette sûreté ou sur ce droit ne peut être constituée que par un acte séparé, le constituant est tenu d'accomplir cet acte. Lorsqu'un engagement indépendant garantit le paiement ou l'exécution d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou de toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, le droit de recevoir le produit du tirage d'un tel engagement est une obligation servant de garantie en vertu de la présente recommandation et la sûreté le grevant est constituée sans acte séparé de la part du constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 16 introduit le concept de droits donnés en garantie (qu'il serait peut-être utile de définir en tant que terme, si le Groupe de travail en décide ainsi) et prévoit la constitution automatique d'une sûreté sur un droit personnel ou réel qui garantit une créance de somme d'argent, un instrument négociable ou toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, dès l'instant où une sûreté est constituée sur cette créance, cet instrument ou cette obligation. Elle a pour effet, sur le fond, de supprimer la nécessité d'accomplir un acte de constitution distinct pour l'obligation servant de garantie. Si ce concept ne fait rien que les parties ne puissent faire expressément, il joue toutefois un rôle très précieux dans la pratique. Un grand nombre d'opérations garanties courantes reposent sur de telles obligations, et le fait d'en tenir compte sert à accroître considérablement les chances d'atteindre l'objectif de la loi sur les opérations garanties, à savoir augmenter au maximum l'offre de crédit à moindre coût. Dans le cas exceptionnel (si tant est qu'il existe) où les parties ne souhaiteraient pas constituer de sûreté sur*

une obligation servant de garantie, elles peuvent inclure une clause à cet effet dans la convention constitutive de sûreté. Le Groupe de travail a déjà adopté la technique de la constitution automatique d'une sûreté sur le produit, sans nécessité d'utiliser expressément un libellé spécial.

Le Groupe de travail jugera peut-être utile d'examiner quelques exemples d'opérations reposant sur des droits donnés en garantie. Un exemple de droit personnel serait une garantie accordée par une quatrième partie pour le paiement d'une créance de somme d'argent grevée par un constituant (le constituant A accorde au créancier garanti B une sûreté sur une créance de somme d'argent due à A par le débiteur en compte ou le tiers débiteur C; la créance – le bien grevé – est garantie par D. La garantie de D constitue un droit personnel donné en garantie). Un exemple de droit réel serait une sûreté sur du matériel qui garantit le paiement d'un instrument négociable grevé par un constituant (le constituant A accorde au créancier garanti B une sûreté sur un instrument négociable émis par X en faveur de A; l'obligation de X qui est constatée par l'instrument – le bien grevé – est garantie par une sûreté sur du matériel – le droit réel donné en garantie – qui est accordée à A par le propriétaire du matériel (qui pourrait être X ou Y)).

La deuxième phrase de la recommandation 16 vise à faire en sorte que, si le droit donné en garantie n'est transférable, en vertu de la loi qui le régit, que par un acte de transfert distinct, la constitution d'une sûreté sur ce droit doit se faire par un acte distinct. Cette approche est conforme à la loi et aux pratiques applicables, ainsi qu'à l'article 10-1 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

La troisième phrase a pour objet de préciser que, si un engagement de garantie indépendant est un droit donné en garantie, la constitution d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un tel engagement n'exige pas pour autant un acte distinct. En d'autres termes, la règle générale prévue par la première phrase (et non la deuxième) est applicable.

Ainsi, une lettre de crédit commerciale classique, par exemple, garantit généralement l'obligation de l'acheteur de payer une facture commerciale; et une lettre de crédit stand-by ou une garantie sur demande garantissent généralement une autre obligation de paiement ou d'exécution qui incombe à la personne qui en demande l'émission au profit du bénéficiaire. La reconnaissance de la fonction de garantie que remplit le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement indépendant (qui, par définition, ne comprend pas le droit de demander paiement ni le produit lui-même) ne diminue aucunement le caractère autonome de l'engagement lui-même et ne nuit aucunement au garant/émetteur (qui est entièrement protégé par les règles énoncées dans les autres recommandations (par exemple les recommandations 25 bis, *25* ter *et 25* quater*).*]

Constitution d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

25. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, [même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi qui régit l'engagement]. L'octroi d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant ne constitue pas un transfert du droit de tirage de l'engagement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le texte entre crochets précise un point important, à savoir que la transférabilité de l'engagement lui-même (à savoir du droit de tirage) n'a pas d'incidence sur la faculté de constituer une sûreté sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. La deuxième phrase fait la distinction entre le transfert du droit de demander paiement au titre d'un engagement de garantie indépendant et le transfert du droit de recevoir le produit du paiement au titre d'un engagement de garantie indépendant*.]

25 *bis*. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits d'un créancier garanti sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant sont soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au garant/émetteur ou à la personne désignée et à tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui les droits de tirage ont été transmis;

b) Les droits d'un bénéficiaire [ou d'un cobénéficiaire] du transfert d'un engagement de garantie indépendant priment une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage de l'engagement consentie par l'auteur du transfert ou par tout auteur d'un transfert antérieur; et

c) Les droits indépendants d'un garant/émetteur, d'une personne désignée ou d'un bénéficiaire [ou cobénéficiaire] du transfert découlant d'un engagement de garantie indépendant [priment les] [ne sont pas lésés en raison des] [sont distincts des] sûretés qu'ils peuvent avoir sur des droits de recevoir le produit d'un tirage, y compris tout droit de recevoir ce produit pouvant être inclus dans un transfert de droits de tirage à un bénéficiaire [ou cobénéficiaire] de ce transfert.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera que le commentaire précisera que cette recommandation vise à donner la priorité aux titulaires de droits indépendants au paiement, notamment les personnes désignées qui ont fourni une prestation et les bénéficiaires du transfert, sur les simples cessionnaires du droit de recevoir le produit du tirage effectué par le bénéficiaire initial. Le commentaire expliquera aussi que les droits indépendants de ces parties sont distincts et ne sont pas lésés en raison de leurs droits en tant que créanciers garantis du bénéficiaire initial (en d'autres termes, il ne faut pas confondre leur statut de titulaires protégés de droits indépendants et leur statut accessoire de créancier garanti). Lorsqu'une personne désignée fournit une prestation et obtient remboursement de l'émetteur, elle le fait en qualité de titulaire de droits indépendants au remboursement et non en tant qu'acquéreur des droits du bénéficiaire*.]

25 *ter*. Ni un garant/émetteur ni une personne désignée ne sont tenus de payer une personne autre qu'un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire [ou cobénéficiaire] du transfert ayant fait l'objet d'une acceptation, une personne désignée ou un cessionnaire du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant ayant fait l'objet d'une acceptation.

25 *quater*. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti a obtenu le contrôle d'un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant en en devenant un cessionnaire ayant fait l'objet d'une acceptation, il

est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les recommandations 25 bis, 25 ter et 25 quater, qui ont été formulées à sa demande (voir A/CN.9/588, par. 82 et 83) et qui suivent le libellé de la recommandation 106 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2), ne portent pas vraiment sur la constitution de sûretés (ni sur l'opposabilité, la priorité sur des droits concurrents ou la réalisation). Elles ont toutefois été insérées ici de même que les recommandations sur les droits et obligations du débiteur en compte viennent après les recommandations relatives à la cession de créances de sommes d'argent. Le Groupe de travail voudra peut-être faire figurer ces trois dispositions (et d'autres sections semblables sur les droits et obligations des débiteurs en compte, des banques dépositaires, des tirés d'instruments négociables et des émetteurs de documents négociables) dans une partie distincte consacrée aux droits et aux obligations des tiers obligés en ce qui concerne un bien grevé.*]

Opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandations 49 et 62)

49. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable:

a) Si le créancier garanti a le contrôle dudit droit; ou

b) Automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, si une sûreté sur la créance de somme d'argent, l'instrument négociable ou une autre obligation garantie par l'engagement indépendant est opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 49 a été modifiée compte tenu du principe selon lequel ni la prise de possession de l'engagement de garantie indépendant, ni l'inscription ne devraient être des modes d'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. La prise de possession d'un engagement (même lorsqu'il revêt une forme corporelle) n'a qu'un rôle restreint dans l'usage moderne des engagements de garantie indépendants. En outre, si la prise de possession figurait dans le présent Guide parmi les modes d'opposabilité, il faudrait prévoir des règles complexes relatives à la priorité et aux conflits de lois. Il convient toutefois de noter que si la prise de possession ne constitue pas un mode d'opposabilité, en termes pratiques, elle offrirait une protection à un créancier garanti lorsque les clauses de l'engagement subordonnent le tirage à la présentation matérielle de ce dernier. En pareil cas, le bénéficiaire ne pourrait effectuer un tirage valable sans la coopération du créancier garanti, qui pourrait prendre des mesures pour s'assurer d'être payé (par exemple, le créancier garanti pourrait exiger du bénéficiaire qu'il obtienne une acceptation lui donnant le contrôle avant qu'il ne remette l'engagement et n'autorise sa présentation au garant/émetteur ou à la personne désignée ayant émis cette acceptation).*]

Priorité d'une sûreté grevant un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

62. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par prise de contrôle, à l'égard d'un certain garant/émetteur ou d'une personne désignée ayant accepté de fournir une prestation au titre de l'engagement, a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis qui n'ont pas, à l'égard de cette personne, rendu leur sûreté opposable par prise de contrôle. Si le contrôle a été obtenu par acceptation et que des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, celui d'entre ces derniers qui était identifié dans la première acceptation donnée par cette personne a la priorité.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, le mode classique de prise de contrôle étant l'obtention d'une acceptation, dans le cas où il y a plusieurs payeurs potentiels (par exemple l'émetteur et plusieurs personnes désignées), le contrôle est obtenu uniquement à l'égard du ou des garants/émetteurs ou de la ou des personnes désignées qui ont donné la ou les acceptations. La règle de priorité doit donc viser la personne qui est le payeur. Les règles de priorité relatives à la prise de possession et à l'inscription dans la version précédente de cette recommandation (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandation 49 b) et c)) ont été supprimées au motif que, dans la nouvelle recommandation 49, la prise de possession de l'engagement de garantie indépendant et l'inscription ne sont pas considérées comme des modes d'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant. La règle de priorité relative aux acceptations contradictoires (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recommandation 49 a)) a été incluse dans la deuxième phrase de la nouvelle recommandation 62. La règle de priorité fondamentale précise qu'un créancier garanti qui a le contrôle du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant a priorité sur un créancier garanti dont la sûreté a été rendue opposable automatiquement*.]

Réalisation d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandation 106)

106. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant peut exercer toute voie de droit s'offrant aux créanciers garantis dans le présent chapitre. L'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (qu'elle soit assurée par prise de contrôle ou automatiquement) n'est pas une condition préalable à la réalisation de la sûreté. Cependant, le pouvoir de réaliser la sûreté, à l'encontre du garant/émetteur, de la personne désignée ou d'un bénéficiaire autre que le constituant, est soumis aux recommandations 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater*.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera qu'aucun acte de transfert distinct de la part du constituant n'est nécessaire pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant lorsque la sûreté est créée automatiquement conformément à la recommandation 16. Le commentaire expliquera aussi que toutes les obligations du garant/émetteur ou de la personne*

désignée à l'égard du créancier garanti sont régies par les recommandations 25 bis, *25* ter *et 25* quater. *Il précisera en outre que la recommandation 106 n'est pas censée avoir d'incidence sur un quelconque arrangement conclu avant défaillance entre le constituant et le créancier garanti, en vertu duquel, avant défaillance du constituant, le créancier garanti reçoit le produit des sommes recouvrées au titre du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant.*]

Loi applicable aux sûretés sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recommandation 138)

138. La loi devrait prévoir que: i) les droits et obligations d'un garant/émetteur ou d'une personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre d'un engagement de garantie indépendant; ii) le droit de réaliser une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant à l'encontre d'un garant/émetteur ou d'une personne désignée; et iii) [sauf dans la mesure où la recommandation 138 *bis* en dispose autrement,] l'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régis, séparément en ce qui concerne un garant/émetteur ou une personne désignée donnés, par la loi de l'État déterminée comme suit:

a) Si le garant/émetteur a émis un engagement de garantie indépendant ou si la personne désignée a émis une acceptation spécifiant que l'engagement ou l'acceptation sont régis par la loi d'un certain État, la loi applicable est celle de l'État spécifié;

b) Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément à l'alinéa précédent, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur ou de la personne désignée qui sont indiqués dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur ou de la personne désignée. Cependant, lorsqu'une personne désignée n'a pas émis d'engagement de garantie indépendant, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement.

[138 *bis*. La loi devrait prévoir que [, dans la mesure où une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est constituée et rendue opposable automatiquement conformément aux recommandations 16 et 49,] la constitution et l'opposabilité de cette sûreté sont régies par la loi de l'État dont la loi régit la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur la créance de somme d'argent, l'instrument négociable ou une autre obligation garantie considérée comme un bien grevé dans le présent Guide.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que la recommandation 138 se conforme aux règles de conflit de lois applicables en ce qui concerne les droits et les obligations des garants/émetteurs et des personnes désignées. La seule exception au principe consacré par la recommandation 138 est énoncée dans la recommandation 138* bis, *qui figure entre crochets, et concerne les*

questions restreintes de la constitution et de l'opposabilité dans des cas où une sûreté est créée ou est rendue opposable automatiquement.

Toute banque (ou parfois toute institution non bancaire) qui joue un des rôles cités agit conformément à la loi de l'État où elle se trouve, autrement dit où se trouve la succursale ou l'établissement concerné (ou conformément à la loi de son choix qui est généralement celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement concerné). Ainsi, différentes lois régissent les différentes banques concernées, et le choix d'une loi dans un engagement de garantie indépendant ne régit que les obligations de l'émetteur en question (voir l'article 27 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, l'article 5-116-b) du Code de Commerce uniforme, et l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession). Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 138 vise à faire apparaître clairement qu'une demande d'acceptation ou de paiement (sans acceptation préalable) faite par un créancier se disant garanti (ou par le bénéficiaire en son nom) doit être traitée par la succursale bancaire concernée, conformément au droit interne. Dans la recommandation 138, tous les conflits de priorité sont soumis à la loi choisie par un garant/émetteur ou une personne désignée, ou, en l'absence de choix de loi, à la loi de la succursale ou de l'établissement concerné. Le Groupe de travail pourrait examiner la question de savoir si: i) lorsque la succursale bancaire paie le créancier garanti (ou lui fournit une prestation), la même loi devrait s'appliquer à un conflit entre ce créancier garanti et des tiers; et si ii) lorsque le paiement est effectué au bénéficiaire et que le conflit concerne des tiers, la recommandation 138 devrait être inapplicable et les règles de conflit de lois subsidiaires (à savoir la recommandation 137) devraient s'appliquer.

Le commentaire expliquera en outre que: i) la constitution de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 137 pour les sûretés sur des biens meubles incorporels (sous réserve de la recommandation 138 bis *en ce qui concerne la constitution automatique); et ii) la réalisation de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 148, excepté dans la mesure où la recommandation 138 en dispose autrement.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la recommandation 138 bis *est nécessaire, c'est-à-dire si la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant devraient être soumises à la loi régissant l'obligation garantie par l'engagement indépendant (à savoir la loi de l'État où se trouve le constituant conformément à la recommandation 137, excepté dans les situations visées par la deuxième phrase des recommandations 137 et 140). En l'absence de la recommandation 138* bis, *la recommandation 137 s'appliquerait à la constitution (y compris la constitution automatique) d'une telle sûreté, et la recommandation 138 (à savoir la loi spécifiée dans l'engagement ou l'acceptation, ou en l'absence d'une telle spécification, la loi de la succursale du payeur) s'appliquerait à l'opposabilité de la sûreté. Si le Groupe de travail décide que la recommandation 138* bis *est nécessaire, il souhaitera peut-être se demander s'il faudrait conserver la référence à la constitution automatique qui figure entre crochets dans les recommandations 16 et 49. Dans l'affirmative, cela pourrait compliquer l'application de la recommandation 138* bis *lorsque l'État dont la loi est*

applicable en vertu de cette recommandation n'a pas adopté les recommandations du Guide concernant le droit matériel.]

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Recommandations

V. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière . . . . . 35-57 *ter*

V. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est d'établir une base pour un classement prévisible, équitable et efficace des priorités:

a) En recourant à un système de registre public simple, économique et efficace pour l'inscription des avis de constitution des sûretés réelles mobilières sans dépossession;

b) En exigeant l'inscription ou la remise de la possession comme condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière;

c) En définissant des exceptions et des alternatives appropriées à l'inscription et à la remise de la possession lorsque des considérations pratiques le justifient.

Méthodes générales pour rendre les sûretés réelles mobilières opposables

35. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire des recommandations du présent chapitre et du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions, une sûreté constituée [ou devant être constituée] conformément aux recommandations du chapitre relatif à la constitution devient opposable:

a) Si un avis la concernant est inscrit dans un registre général des sûretés, comme le prévoient les recommandations 48 à 57 *ter*;

b) Si le constituant remet la possession des biens meubles corporels au créancier garanti, comme le prévoient les recommandations 38 à 40.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que, dans la recommandation 54, un avis concernant une sûreté peut être inscrit avant la conclusion d'une convention constitutive de sûreté ou avant que les biens concernés soient acquis par le constituant ou soient produits. Dans ce cas, la question est de savoir si la sûreté devrait être opposable à compter de la date de son inscription ou de sa constitution effective. Si le Groupe de travail considère que la constitution de la sûreté devrait être une des conditions de son opposabilité (en*

d'autres termes, si le texte entre crochets est supprimé), la question qui se pose alors est celle de la priorité entre une sûreté qui a été inscrite avant qu'une ou plusieurs des conditions de sa constitution aient été remplies et une sûreté qui a été constituée et rendue opposable par la suite. Si le législateur souhaite encourager les inscriptions anticipées (ce qui rendra le registre plus fiable), la priorité devrait être donnée à la sûreté inscrite en premier même si une ou plusieurs des conditions de sa constitution n'étaient pas remplies au moment de l'inscription (voir recommandation 63 du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4). Cette solution ne désavantage pas les créanciers garantis qui obtiennent une sûreté et la rendent opposable par la suite, car ils peuvent toujours préserver leurs intérêts en consultant le registre et en prenant connaissance des avis inscrits.]

Méthodes spéciales pour rendre les sûretés réelles mobilières opposables

35 *bis*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur les types de biens ci-après devient opposable comme suit:

a) Sur des biens meubles, pour lesquels la propriété ou une sûreté est établie ou constatée par voie d'inscription d'un avis sur le registre spécialisé de la propriété ou d'annotation portée sur un certificat de propriété, par inscription ou annotation, comme le prévoit la recommandation 40 *bis*;

b) Sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, par contrôle, comme le prévoit la recommandation 41;

c) Sur un compte bancaire, par contrôle ou inscription, comme le prévoient les recommandations 42 et 43;

d) Sur un titre représentatif négociable, par remise de la possession de ce titre au créancier garanti, comme le prévoit la recommandation 39, et sur des biens meubles corporels représentés par un document, par remise de ces biens conformément à la recommandation 35 ou par remise du document conformément à la recommandation 40;

e) Sur le produit, en rendant opposable la sûreté sur les biens initialement grevés, comme le prévoit la recommandation 44;

f) Sur des biens rattachés, par inscription, comme le prévoit la recommandation 45;

g) Sur des masses de biens meubles corporels ou des produits finis, comme le prévoit la recommandation 47; et

h) Sur des biens meubles corporels de consommation, dès constitution d'une sûreté [en garantie du paiement d'acquisitions] sur ces biens, comme le prévoit la recommandation [128 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5)].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'exception à l'obligation d'inscription convenue pour les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur des biens meubles corporels de consommation devrait être étendue aux autres types de sûretés sur des biens de consommation (corporels et incorporels).*]

36. La loi devrait confirmer que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents biens individualisés ou types de biens, qu'ils soient ou non

grevés en vertu de la même convention constitutive de sûreté ou de conventions distinctes.

Opposabilité d'autres droits

37. La loi devrait prévoir que le droit d'un cessionnaire découlant d'une cession pure et simple de créances de sommes d'argent devient opposable par inscription d'un avis concernant ce droit sur le registre général des sûretés.

[37 *bis*. La loi peut aussi exiger l'inscription d'un avis concernant les droits ci-après afin qu'ils deviennent opposables:

a) Le droit de propriété d'un bailleur en vertu d'un bail, autre qu'un crédit-bail, dont la durée est supérieure à un an;

b) Le droit de propriété d'un déposant qui, dans le cadre d'une activité commerciale, remet les biens meubles corporels à un dépositaire chargé de les vendre en son nom, à condition que ce dernier ne soit ni commissaire-priseur ni un dépositaire n'agissant pas ès qualités dans le cours normal des affaires; et

c) Le droit de propriété d'un acheteur découlant d'une vente réalisée en dehors du cours normal des affaires du vendeur lorsque ce dernier reste en possession des biens meubles corporels pendant plus de [trente] [soixante] [quatre-vingt-dix] jours.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les baux de longue durée et les autres mécanismes mentionnés dans la recommandation 37* bis*, qui figure entre crochets, n'entrent pas dans le champ d'application du projet de guide. Ils sont soumis à inscription sur le registre général des sûretés car ils peuvent entrer en concours avec une sûreté réelle mobilière. Si le Groupe de travail approuve leur inclusion dans le présent chapitre, il faudra peut-être revoir le champ d'application du Guide. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que, en ce qui concerne l'opposabilité des mécanismes de financement d'acquisitions, la recommandation 127 (approche unitaire ou non unitaire) s'appliquera.*]

Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels par remise de la possession au créancier garanti

38. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels devient opposable par remise de la possession de ces biens par le constituant au créancier garanti. [La remise de la possession devrait être effective et non virtuelle, fictive ou symbolique, et n'est suffisante que s'il est possible à un tiers objectif de conclure que le constituant n'est pas en possession effective des biens. L'entiercement ne constitue une remise suffisante de la possession que si le tiers n'est pas un mandataire ou un employé du constituant et détient les biens grevés pour le créancier garanti ou en son nom.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la nécessité du texte entre crochets si la section consacrée à la terminologie précise que la possession ou la remise de la possession doit être effective et si le commentaire aborde la question de la possession par un mandataire ou un employé du constituant. Le Groupe de travail notera peut-être aussi que, le terme "bien meuble corporel" désignant les instruments et documents négociables*

(voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 i)), la recommandation 38 s'applique à l'opposabilité d'une sûreté sur des instruments négociables et des documents négociables. Une telle sûreté est donc rendue opposable par remise de l'instrument ou du document au créancier garanti. Les recommandations 39 et 40 ajoutent des règles spéciales pour l'opposabilité des sûretés sur des titres représentatifs négociables et des biens meubles corporels représentés par ces titres.]

Opposabilité d'une sûreté sur un document négociable

39. [La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable devient opposable par remise de la possession du document au créancier garanti.] Si une sûreté sur un document négociable est opposable, la sûreté correspondante sur les biens meubles corporels couverts par ce document l'est également.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La première phrase de la recommandation 39 réitère une règle déjà énoncée dans la recommandation 38 (pour éviter tout doute et pour compléter la recommandation 39). Elle figure entre crochets car il se peut qu'elle ne soit pas nécessaire.*]

Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels couverts par un titre négociable

40. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels, couverts par un document négociable, peut être rendue opposable soit par remise de la possession des biens conformément à la recommandation 38 soit par remise de la possession du document, tant que le document couvre les biens.

Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles pour lesquels il existe un registre spécialisé de la propriété ou un système de certificat de propriété

40 *bis*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles, pour lesquels la propriété ou une sûreté est établie ou constatée par inscription sur un registre spécialisé de la propriété ou sur un système de certificat de propriété, devient opposable:

a) Si elle est inscrite sur le registre de la propriété;

b) Si une annotation la concernant est portée sur le certificat de propriété; ou

c) Si un avis la concernant est inscrit sur le registre général des sûretés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que l'inscription, telle que prévue dans la recommandation 40* bis*, est la méthode exclusive pour assurer l'opposabilité de la sûreté (à savoir que cette dernière ne peut être rendue opposable par prise de possession), si la législation spéciale applicable en l'espèce le prévoit. Le Groupe de travail notera peut-être aussi que la recommandation 40* bis *est complétée par la recommandation 64 du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, dans laquelle une sûreté qui a été inscrite sur le registre spécialisé de la propriété ou qui a été consignée sur un certificat de propriété a priorité sur une sûreté inscrite sur le registre général des sûretés.*]

Opposabilité des sûretés sur les droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants

41. [Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recommandation 49.]

Opposabilité des sûretés sur des comptes bancaires

42. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un compte bancaire devient opposable:

a) Si un avis la concernant est inscrit sur le registre général des sûretés;

b) Si le créancier garanti a le contrôle dudit compte.

43. Si le créancier garanti et l'institution dépositaire sont la même personne, la loi devrait prévoir que le créancier garanti acquiert automatiquement le contrôle dès que la sûreté est constituée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la définition ci-après sera ajoutée dans la section terminologie: "un créancier garanti a le 'contrôle' d'un compte bancaire: i) automatiquement dès la constitution d'une sûreté lorsqu'il est la banque dépositaire; ii) lorsque la banque dépositaire a conclu un accord de contrôle avec lui, dans lequel elle est convenue de suivre ses instructions concernant le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou iii) lorsque le compte bancaire est transféré au créancier garanti de sorte que ce dernier devient client de la banque pour ce qui est du compte".*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que, d'après la recommandation 26 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), aucune obligation n'est imposée à la banque dépositaire sans son consentement. Il voudra peut-être ajouter, dans le chapitre sur la constitution ou dans un chapitre séparé sur les droits des tiers débiteurs, des recommandations libellées à peu près comme suit:

"X. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits d'un créancier garanti sur un compte bancaire sont soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire;

b) Les droits d'un bénéficiaire du transfert d'un compte bancaire priment une sûreté sur ce compte bancaire consentie par l'auteur du transfert pour par tout auteur d'un transfert antérieur; et

c) Les droits à compensation (set-off) de la banque dépositaire [ont préséance sur] [ne sont pas lésés en raison d'] [sont distincts d'] une sûreté qu'elle peut détenir sur un compte bancaire.

Y. La banque dépositaire n'est pas tenue:

a) De payer une personne autre que celle qui a le contrôle du compte bancaire;

b) De répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté existe en sa faveur et si le constituant a conservé le droit d'effectuer des opérations sur le compte.

Z. La loi devrait prévoir que, si le créancier garanti a le contrôle d'un compte bancaire, il a le droit de réaliser la sûreté à l'encontre de la banque dépositaire."

Le commentaire expliquera que ces exceptions visent à compléter les recommandations 76 et 77 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4), dans lesquelles: i) un créancier garanti qui a le contrôle d'un compte bancaire a priorité sur un créancier qui a simplement inscrit un avis concernant sa sûreté sur le registre général des sûretés; et ii) la banque dépositaire a priorité sur les autres créanciers garantis à l'exception d'un créancier garanti détenant le compte en son propre nom. Ces recommandations relatives aux questions de priorité signifient que les tiers sont censés savoir qu'ils ne peuvent s'en remettre à un compte bancaire comme source principale de sûreté pour octroyer un crédit ou peuvent le faire en obtenant un accord de cession de rang de la banque dépositaire ou en faisant inscrire le compte à leur nom. L'absence de publicité de la sûreté n'est donc pas jugée problématique.]

Opposabilité des sûretés sur le produit

44. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien devient opposable dès que naît le produit à condition que:

a) La sûreté sur le bien grevé soit devenue opposable par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés et reste opposable; ou

[*Note à l'intention du Groupe de travail: L'alinéa a) ne s'appliquerait pas, par exemple, à une sûreté rendue opposable par prise de possession ou par inscription sur un registre spécialisé de la propriété ou par annotation sur un certificat de propriété.*]

b) Le produit prenne la forme d'argent, d'instruments négociables, de titres représentatifs négociables ou de comptes bancaires.

Lorsque ni l'alinéa a) ni l'alinéa b) ne s'appliquent, la sûreté sur le produit est opposable pendant [...] jours après que le produit est généré et de manière permanente par la suite si elle devient opposable par une des méthodes mentionnées dans les recommandations 35 ou 35 *bis* avant l'expiration de ce délai.

Opposabilité des sûretés sur des biens rattachés

45. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels (autres que des instruments et documents négociables) qui sont ou seront rattachés à des immeubles ou à des meubles devient opposable si un avis la concernant est inscrit sur le registre général des sûretés. Une sûreté sur des biens rattachés à des immeubles peut aussi devenir opposable si un avis la concernant est inscrit sur le registre immobilier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que la disposition prévoyant l'inscription de la sûreté au registre des biens immeubles pour la rendre opposable aux tiers acquéreurs ou aux créanciers garantis réalisant une opération avec le bien immeuble concerné vise à protéger l'intégrité et la fiabilité du système de registre immobilier. Cette recommandation est complétée par la recommandation 83 du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, dans laquelle une sûreté sur des biens meubles corporels (autres que des instruments et documents*

négociables) rattachés ou devant être rattachés à un immeuble qui a été rendue opposable par inscription d'un avis au registre immobilier conformément à la recommandation 45 a priorité sur une sûreté grevant l'immeuble concerné inscrite ultérieurement.]

46. La loi devrait aussi prévoir que, si une sûreté sur un bien grevé est opposable au moment où le bien grevé est rattaché, la sûreté reste opposable par la suite.

Opposabilité des sûretés sur des masses de biens meubles corporels ou des produits finis

47. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un bien grevé est opposable au moment où ce bien est intégré à une masse de biens meubles corporels ou à un produit fini, la sûreté sur la masse ou sur le produit fini reste opposable par la suite.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la constitution d'une sûreté sur une masse de biens meubles corporels ou des produits finis est traitée dans la recommandation 32 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21).*]

Caractéristiques d'un registre général des sûretés

48. La loi devrait prévoir un registre général des sûretés ayant les caractéristiques ci-après:

a) L'inscription est effectuée par enregistrement d'un avis de constitution de la sûreté contenant uniquement les informations spécifiées dans la recommandation 49, et non d'une copie des documents sous-jacents relatifs à la sûreté;

b) Le fichier du registre est centralisé (c'est-à-dire qu'il contient tous les avis de constitution de sûretés inscrits en vertu de la présente loi);

c) Le système d'inscription est établi de façon à permettre l'indexation et la recherche des avis suivant le nom du constituant ou suivant quelque autre élément fiable d'identification de celui-ci (par exemple, le numéro d'identification ou d'immatriculation au registre du commerce);

d) Le registre est ouvert au public;

e) Un accès raisonnable du public au registre est assuré par des mesures telles que:

i) la fixation de tarifs à prix coûtant pour l'inscription et la recherche [et la publication périodique d'états vérifiés des dépenses et des recettes du système d'inscription];

ii) la mise à disposition à grande échelle de modes et de points d'accès au registre;

iii) l'élaboration et la diffusion de guides sur les procédures d'inscription et de recherche et l'information générale du public sur l'existence et le rôle du registre; et

iv) la fixation d'horaires de service fiables et réguliers qui soient compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels du registre;

f) Le système d'inscription est administré et exploité pour faciliter une inscription et une recherche rapides, économiques et efficaces. En particulier:

i) un avis peut être inscrit sans vérification ni examen approfondi de la validité, de la suffisance et de l'exactitude de son contenu par quiconque excepté la personne procédant à l'inscription;

ii) l'utilisateur peut effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

g) Dans la mesure où les capacités financière et infrastructurelle de l'État le permettent, le système de registre est informatisé. En particulier,

i) les avis inscrits sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatisée;

ii) les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche ont un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, y compris Internet et l'échange de données informatisées;

iii) le système est programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles (par exemple, en exigeant que les champs concernant les données essentielles soient remplis);

iv) le système est programmé pour faciliter une recherche rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines (par exemple, les algorithmes de recherche sont conçus pour afficher des noms de constituants similaires et ne pas tenir compte des termes génériques utilisés pour indiquer le statut des personnes morales, comme "Inc.", "Cie", "s.r.l.", "SA", "SARL");

h) Les règles juridiques et les modalités de fonctionnement visent à assurer la sécurité et l'intégrité du fichier du registre. En particulier:

i) une personne inscrivant un avis peut obtenir une copie de l'inscription aussitôt après la saisie des informations pour vérifier que celle-ci est exacte et complète;

ii) l'identité des personnes inscrivant des avis est vérifiée préalablement et les preuves de l'identité sont conservées;

iii) [le registre] [le créancier garanti] est tenu de transmettre une copie de l'inscription au constituant désigné sur celle-ci;

iv) le registre est tenu d'envoyer une copie de toute modification apportée à l'inscription au créancier garanti désigné dans la déclaration de financement;

v) bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État reste chargé de s'assurer que le registre est exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui;

vi) une copie de sauvegarde du fichier du registre est conservée pour permettre la reconstitution de ce dernier.

i) Des dispositions sont prévues pour l'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour

permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre pour un résultat imprimé de l'inscription ou de la recherche inexact ou incomplet se limite aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis inscrit

49. La loi devrait exiger que l'avis inscrit contienne seulement les informations suivantes:

a) Les noms (ou autres éléments d'identification fiables) du constituant et du créancier garanti, ainsi que leur adresse; lorsque le nom et l'adresse du constituant risquent de donner un nombre excessif de résultats potentiellement positifs lors d'une recherche, des critères d'identification supplémentaires peuvent être [exigés] [autorisés], par exemple, la date de naissance pour les personnes physiques ou le numéro d'immatriculation au registre des sociétés pour les personnes morales;

b) Une description des biens meubles visés par l'avis conformément aux recommandations 51 à 53;

c) La durée de l'inscription conformément à la recommandation 56; et

[d) Une déclaration du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée [si l'État estime que cette information est utile pour faciliter des prêts subordonnés].]

Caractère juridiquement suffisant du nom du constituant dans un avis inscrit

50. La loi devrait prévoir que le nom ou un autre élément d'identification du constituant figurant sur un avis inscrit est juridiquement suffisant s'il est possible de retrouver cet avis en effectuant une recherche dans le fichier du registre à partir du nom correct ou d'un autre élément d'identification du constituant. À cet effet, la loi devrait spécifier des règles pour déterminer le nom correct ou un autre élément d'identification des personnes physiques et des personnes morales.

50 *bis*. Lorsque le constituant est une personne morale, la loi devrait prévoir que son nom est celui qui figure dans ses documents constitutifs. Lorsque le nom du constituant figure dans un fichier distinct tenu par l'État, par exemple, un registre du commerce ou des sociétés, l'État peut, s'il le souhaite, créer des liens entre les deux registres pour faciliter la saisie de données exactes. Lorsque le constituant est une personne physique, l'État devrait donner des indications détaillées sur la source faisant foi du nom de celui-ci (par exemple l'acte de naissance ou le passeport ou encore le certificat de nationalité ou de résidence délivré par le pays de résidence habituelle ou, à défaut, au moins deux documents délivrés par les autorités publiques, tels qu'un permis de conduire ou une carte d'assuré social ou d'assurance maladie).

Changement de nom ou autre élément d'identification du constituant

50 *ter*. La loi devrait prévoir que, si le nom du constituant change de sorte que l'avis n'est plus suffisant comme l'exigent les recommandations 53 et 54:

a) Une sûreté sur un bien grevé, sur lequel le constituant a des droits à la date du changement de nom, reste opposable;

b) Une sûreté sur un bien acquis par le constituant ou créé dans les [...] jours qui suivent la date du changement de nom, est opposable; et

c) Une sûreté sur un bien acquis par le constituant ou créé plus de [...] jours après la date du changement de nom n'est pas opposable sauf si l'avis est modifié de manière à indiquer le nouveau nom du constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la recommandation 50* ter *fixe un délai bref pendant lequel l'opposabilité est préservée en ce qui concerne les biens acquis par le constituant ou créés. On part du principe que les créanciers garantis raisonnables devraient être en mesure de découvrir le changement de nom dans ce délai. Le Groupe de travail pourrait aussi considérer que les sûretés sur des biens acquis ou créées ultérieurement ne sont plus opposables après le changement de nom ou après que le créancier garanti prend connaissance ou aurait dû prendre connaissance du changement.*]

Caractère juridiquement suffisant de la description des biens visés par un avis inscrit

51. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis inscrit est juridiquement suffisante si elle permet à un tiers de distinguer ces biens des autres biens du constituant.

52. Si les biens visés par l'avis consistent en une catégorie ou des catégories génériques de biens meubles, la loi devrait prévoir qu'une description générique est juridiquement suffisante.

53. Si les biens visés par l'avis sont tous les biens meubles présents et à venir du constituant, la loi devrait prévoir que la description des biens grevés par une expression du type "l'ensemble des biens meubles" ou une expression équivalente est juridiquement suffisante.

Inscription anticipée

54. La loi devrait confirmer qu'une inscription peut être faite avant ou après la constitution de la sûreté à laquelle elle se rapporte.

Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

55. La loi devrait confirmer qu'une seule inscription suffit pour les sûretés constituées par l'ensemble des conventions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles couvrent des biens meubles individualisés ou des types de biens meubles qui entrent dans la description figurant dans l'avis inscrit.

Durée et renouvellement de l'inscription

56. La loi devrait spécifier la durée de l'inscription ou autoriser la personne qui inscrit l'avis à choisir cette durée lors de l'inscription. La loi devrait autoriser la personne inscrivant un avis à renouveler une inscription avant son expiration.

56 *bis*. [La loi devrait prévoir qu'une inscription prend effet lorsque les informations sont saisies dans le fichier du registre de manière à s'afficher lors d'une recherche effectuée dans le fichier.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, si le système d'inscription autorise le dépôt d'avis sur papier auprès du registre (et non la saisie directe des données par la personne inscrivant l'avis), un certain laps de temps s'écoulera entre la réception de l'avis par le conservateur du registre et le moment où les informations contenues dans cet avis seront saisies dans le fichier par le personnel du registre pour devenir accessibles aux personnes effectuant une recherche. La question ici est de savoir quand l'inscription devrait prendre effet, à savoir au moment de la réception de l'avis par le conservateur ou au moment où celui-ci est intégré dans le fichier et devient accessible aux utilisateurs. Dans le premier cas, une recherche ne fera pas apparaître toutes les inscriptions ayant effet juridiquement. Pour répondre au besoin d'information des tiers, la recommandation 56* bis *fait donc correspondre le moment de l'inscription et celui où l'information est consultable. Bien que, dans cette solution, le risque associé à tout retard soit supporté par le créancier garanti, ce dernier est mieux à même de se protéger que les tiers. En outre, les recommandations précédentes sur la conception et l'exploitation du registre devraient garantir des procédures d'inscription rapides et efficaces. Dans un système entièrement électronique qui n'exige pas d'intervention de la part du personnel du registre, la saisie de l'avis dans le fichier et sa mise à disposition des utilisateurs sont presque simultanées et ce problème est considérablement réduit.*]

Radiation de l'inscription

57. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre les parties ou si la sûreté est éteinte en raison du paiement intégral ou de l'exécution complète de toutes les obligations garanties:

a) Le créancier garanti doit demander la radiation de l'inscription dans un délai de [...] jours;

b) Le constituant est en droit de faire radier une inscription par une procédure simplifiée;

c) Le constituant et le créancier garanti peuvent convenir de la radiation de l'inscription.

57 *bis*. La loi devrait prévoir que le conservateur du registre devrait supprimer une inscription des fichiers consultables du registre dans un bref délai après l'enregistrement d'une demande de radiation, mais que les informations devraient être conservées pour pouvoir être retrouvées si nécessaire.

Modification de l'inscription

57 *ter*. La loi devrait prévoir qu'une inscription peut être modifiée à tout moment. Une modification ne prend effet qu'au moment où les informations sont saisies dans le fichier du registre de manière à s'afficher lors d'une recherche dans ce fichier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que, comme la recommandation 56* bis *qui prévoit qu'une inscription prend effet lorsque l'information intégrée dans le fichier peut être affichée lors d'une*

recherche, la recommandation 57 ter *prévoit qu'une modification prend effet lorsqu'elle peut s'afficher lors d'une recherche. Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire expliquera qu'une modification peut prendre plusieurs formes telles que: i) ajout ou suppression de biens individualisés ou de types de biens grevés, ii) ajout ou suppression du nom du constituant; iii) enregistrement du changement de nom du constituant ou du créancier garanti; iv) déclaration d'une cession de la sûreté par le créancier garanti désigné dans l'inscription initiale à un nouveau créancier garanti; ou v) déclaration d'un accord ou engagement de cession de rang qui a une incidence sur une sûreté inscrite.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Recommandations

VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents 58-85

VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents

Objet

L'objet des dispositions de la loi concernant la priorité est d'établir des règles claires et précises pour le classement des sûretés sur des biens grevés par rapport aux droits des réclamants concurrents et d'encourager l'octroi de crédits garantis:

a) En permettant à un créancier garanti éventuel de déterminer, de manière efficace et avec un degré élevé de certitude avant de consentir un crédit, le rang de priorité qu'aurait sa sûreté par rapport aux droits des réclamants concurrents; et

b) En facilitant les opérations par lesquelles un constituant peut créer plus d'une sûreté sur le même bien et tirer ainsi parti de toute la valeur de ses biens pour obtenir des crédits.

Portée des règles de priorité

58. La loi devrait comporter un ensemble complet de règles de priorité couvrant les conflits de priorité avec tout réclamant concurrent éventuel.

Obligations garanties concernées

59. La loi devrait prévoir que la priorité accordée à une sûreté:

a) S'applique à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires dues au créancier garanti [à concurrence d'un montant monétaire maximum indiqué dans l'avis inscrit], y compris le principal, les frais, les intérêts et les droits, dans la mesure garantie par la sûreté; et

b) N'est pas modifiée par la date à laquelle une avance est consentie ou une autre obligation garantie par la sûreté est souscrite (de sorte qu'une sûreté peut garantir des avances futures ou d'autres obligations futures avec la même priorité que des avances faites ou d'autres obligations souscrites au moment où la sûreté est rendue opposable ou avant).

Accords de cession de rang

60. La loi devrait prévoir qu'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.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: En ce qui concerne les accords de cession de rang en cas d'insolvabilité du constituant, voir recommandation J dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté sur un actif entrant dans la masse de l'insolvabilité a renoncé unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant."*]

Priorité des sûretés non opposables

61. La loi devrait prévoir:

a) Qu'une sûreté sur un bien grevé qui n'est pas opposable a un rang inférieur à une sûreté constituée sur le même bien qui est opposable, indépendamment de l'ordre dans lequel les sûretés ont été constituées;

b) Que l'ordre de priorité des sûretés qui ne sont pas opposables est déterminé par l'ordre dans lequel elles ont été constituées [; et

c) Qu'une sûreté qui n'est pas opposable a [, par rapport au droit d'un réclamant chirographaire, le même rang de priorité que ce droit] [sous réserve de la loi sur l'insolvabilité, priorité sur ce droit]].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que: i) l'alinéa a) de la recommandation 61 est relatif à un conflit de priorité entre une sûreté qui n'est pas opposable et une sûreté qui l'est, ii) l'alinéa b) concerne un conflit de priorité entre deux sûretés qui ne sont pas opposables, et iii) l'alinéa c), qui figure entre crochets pour être examiné par le Groupe de travail, a trait à un conflit de priorité entre une sûreté qui n'est pas opposable et une créance non garantie. La recommandation 62 porte sur un conflit de priorité entre une sûreté qui n'est pas opposable et le droit d'un créancier judiciaire sur le bien grevé et la recommandation 71 sur un conflit de priorité entre une sûreté qui est opposable et le droit d'un créancier judiciaire sur le bien grevé.*]

62. La loi devrait prévoir que [, sous réserve des dispositions de la recommandation 130 *bis*,] une sûreté qui n'est pas opposable a un rang inférieur au droit d'un créancier chirographaire qui a, en vertu d'une loi autre que la présente loi, obtenu une décision judiciaire contre un constituant et pris sur le fondement de cette décision les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur des biens grevés de ce dernier et qu'elle reste subordonnée au droit de ce créancier chirographaire même si elle est rendue opposable par la suite.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une exception à cette recommandation devrait être introduite pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions rendues opposables pendant le délai de grâce applicable (voir recommandation 130* bis *dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5). Les sûretés qui sont rendues opposables*

pendant ce délai ne devraient pas se voir primer par un créancier judiciaire décrit dans la présente recommandation dont le droit sur le bien grevé est né après la constitution de la sûreté mais avant qu'elle soit rendue opposable. S'il en était autrement, l'utilisation du délai de grâce serait trop risquée pour les parties finançant l'acquisition.]

Priorité des sûretés opposables

63. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions d'autres recommandations du présent chapitre et du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions, lorsque deux sûretés opposables grèvent le même bien, la sûreté qui a été rendue opposable la première a priorité [, même si une ou plusieurs des conditions de constitution n'étaient pas remplies à ce moment-là]. Une sûreté sur des biens que le constituant a acquis ou qui ont été créés après qu'une sûreté a été rendue opposable a le même rang de priorité que la sûreté sur des biens dont le constituant était propriétaire ou qui existaient au moment où la sûreté a été rendue opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le libellé actuel de la première phrase de la recommandation 64 repose sur l'hypothèse que les mots entre crochets dans la recommandation 35 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 35 et note à l'intention du Groupe de travail) seront conservés et qu'une sûreté peut donc être rendue opposable même avant qu'une ou plusieurs conditions pour sa constitution aient été remplies à ce moment-là. Si le texte entre crochets de la recommandation 35 est supprimé et qu'une sûreté ne puisse donc pas être rendue opposable avant qu'elle soit effectivement constituée, la première phrase de la recommandation 64 devra être reformulée à peu près comme suit*:

> *"La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions d'autres recommandations du présent chapitre et du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions, lorsque deux sûretés opposables grèvent le même bien, la sûreté pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui, la première, a été rendue opposable, selon ce qui intervient en premier, a priorité."*

Le commentaire fournira notamment les exemples suivants pour illustrer le fonctionnement des recommandations 35 et 63:

a) Le créancier garanti A et le créancier garanti B inscrivent tous deux un avis visant le même bien grevé. Le premier à inscrire son avis est prioritaire, indépendamment de l'ordre de constitution de chaque sûreté et indépendamment du fait de savoir si le bien appartenait au constituant ou s'il existait lors de la constitution de la première sûreté; et

b) A s'inscrit avant que sa sûreté soit constituée, puis la sûreté de B est constituée et celui-ci prend possession du bien et, enfin la sûreté de A est constituée. Ce dernier est prioritaire, que le constituant soit ou non propriétaire du bien ou que le bien existe ou non au moment de l'inscription, indépendamment de l'ordre de constitution de chaque sûreté et du fait de savoir si les biens appartenaient au constituant ou s'ils existaient au moment de la constitution de la première sûreté. Dans ces deux cas (y compris toutes les différentes hypothèses sur le moment de la constitution et le moment d'acquisition du bien par le constituant ou de sa

production), A l'emporte même si au moment où il a inscrit l'avis, sa sûreté n'était pas encore constituée.

Cette règle est destinée à encourager l'inscription anticipée (pour rendre le registre plus fiable) et, puisque en aucun cas B, indépendamment de l'enchaînement des faits, n'a rendu sa sûreté opposable avant que A inscrive la sienne, il aurait toujours pu se protéger en recherchant et en découvrant l'avis inscrit par ce dernier.]

Priorité d'une sûreté inscrite dans un registre spécialisé de la propriété ou par annotation portée sur un certificat de propriété

64. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles qui a été rendue opposable conformément à la recommandation 40 *bis* a) et b) [voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3] par inscription d'un avis sur un registre spécialisé de la propriété ou par annotation portée sur un certificat de propriété a priorité par rapport à un droit sur les mêmes biens qui a été rendu opposable par inscription sur le registre général des sûretés.

Maintien de la priorité lorsque l'opposabilité est assurée par plusieurs méthodes

65. La loi devrait prévoir que, si une sûreté est rendue opposable par plusieurs méthodes, la priorité remonte au moment où l'opposabilité a été assurée la première fois, à condition qu'elle n'ait été interrompue à aucun moment.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la recommandation 65 devrait prévoir expressément une règle qu'elle semble contenir implicitement, à savoir que si l'opposabilité s'interrompt (par exemple lorsque l'enregistrement expire ou est fait après le délai de grâce applicable, ou lorsque la possession d'un bien grevé est remise au créancier garanti puis obtenue par le constituant), la priorité remonte au moment où l'opposabilité est rétablie. La question peut aussi être clarifiée dans le commentaire*.]

Priorité des sûretés sur le produit

66. Sous réserve des dispositions des recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'une sûreté opposable sur le produit d'un bien grevé a le même rang de priorité que la sûreté sur le bien grevé lui-même.

Priorité des droits des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

67. La loi devrait prévoir que le droit d'un acheteur de biens meubles corporels a un rang inférieur à une sûreté sur ces biens qui est devenue opposable avant la vente, à moins que le créancier garanti n'ait autorisé cette vente. Toutefois, une personne qui achète des stocks grevés dans le cours normal des affaires du vendeur (et quiconque dont les droits sur les stocks découlent de cette personne) acquiert ces stocks libres de la sûreté [créée par le vendeur], même si elle a connaissance de l'existence de la sûreté.

68. La loi devrait prévoir qu'un preneur à bail de biens meubles corporels dans le cours normal des affaires du bailleur acquiert ses droits en vertu du bail libres de

toute sûreté opposable [créée par le bailleur] sur les biens, même s'il a connaissance de l'existence de la sûreté.

69. La loi devrait prévoir qu'un titulaire de licence dans le cours normal des affaires du donneur de licence dans le cadre d'une licence non exclusive acquiert ses droits en vertu de la licence libres de toute sûreté opposable [créée par le donneur] sur les biens mis sous licence, même s'il a connaissance de l'existence de la sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les recommandations 68, 69 et 70 sont destinées à protéger les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence de biens meubles corporels contre les créanciers garantis détenant des sûretés sur ces biens vendus, loués ou mis sous licence. Si le passage entre crochets dans les présentes recommandations est conservé, la protection n'aurait d'effet qu'à l'égard des créanciers garantis qui ont acquis leurs droits du vendeur, bailleur ou donneur de licence immédiats et ne s'appliquerait pas aux créanciers garantis qui ont acquis leurs droits d'autres personnes. Une conséquence indirecte indésirable d'une telle approche est que, en confiant les biens grevés à un vendeur, bailleur ou donneur de licence afin de permettre la vente, la location ou la mise sous licence des biens libres de toute sûreté, un constituant pourrait éteindre une sûreté*.]

Priorité des créances (privilégiées) légales

70. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées qui ont priorité sur des sûretés opposables et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise.

Priorité des droits des créanciers judiciaires

71. La loi devrait prévoir qu'une sûreté qui est opposable a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire, même si, au moment où la sûreté est devenue opposable ou après, ce créancier a, en vertu d'une loi autre que la présente loi, obtenu une décision judiciaire contre un constituant et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur des biens du constituant sur le fondement de cette décision. La priorité de la sûreté s'applique aux montants avancés par le créancier garanti dans un nombre de jours spécifié après qu'il a eu connaissance de l'existence des droits du créancier chirographaire, mais non aux montants avancés après l'expiration de ce délai.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient d'étendre la portée des recommandations 62 et 71 afin qu'elles s'appliquent au créancier qui obtient un droit, comme prévu dans ces mêmes recommandations, par voie de décision judiciaire provisoire*.]

Priorité des droits acquis sur des biens pour leur amélioration et leur stockage

72. Si une loi autre que la présente loi confère des droits équivalents à des sûretés à un créancier qui a valorisé des biens meubles corporels (par exemple en les réparant) ou en a préservé la valeur (par exemple en les stockant), ces droits devraient être limités aux biens en possession dudit créancier dont la valeur a été augmentée ou préservée et devraient avoir priorité sur les sûretés antérieures sur les mêmes biens qui sont opposables.

Priorité des droits de revendication

73. Si une loi autre que la présente loi prévoit que les fournisseurs de biens meubles corporels ont le droit de revendiquer ceux-ci dans un délai spécifié après la survenance d'un événement prévu dans le contrat de vente, la loi devrait prévoir que le droit de revendiquer les biens a un rang inférieur aux sûretés sur ces biens.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la recommandation 73 crée une règle de droit commercial destinée à faire primer les créanciers garantis sur les droits de revendication. Ces droits peuvent naître en cas d'insolvabilité de l'acheteur. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte, la loi sur l'insolvabilité applicable déterminera la mesure dans laquelle les créanciers garantis et les titulaires de droits de revendication devront arrêter leurs poursuites ou verront, d'une autre manière, leurs droits restreints (voir les recommandations 39 à 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Toutefois, la règle de priorité établie par la présente recommandation ne sera pas affectée par la procédure d'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, projet de recommandation supplémentaire I).*]

Priorité des droits des créanciers dans une procédure d'insolvabilité

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir recommandation I dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, une autre créance se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 88 du Guide sur l'insolvabilité."*]

Recommandations relatives à la priorité des sûretés grevant des biens particuliers

Priorité des sûretés sur des instruments négociables

74. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par une méthode autre que la prise de possession de l'instrument par le créancier garanti a un rang inférieur aux droits d'un acheteur, d'un autre créancier garanti ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré dans une opération contractuelle qui:

a) Soit remplit les conditions requises pour être considéré comme un porteur protégé conformément à la loi régissant les instruments négociables;

b) Soit prend possession de l'instrument négociable et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert a été effectué en violation des droits du titulaire de la sûreté.]

Priorité des sûretés sur des droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants

75. [*Voir* A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recommandation 62.]

Priorité des sûretés sur des comptes bancaires

76. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un compte bancaire qui a été rendue opposable par prise de contrôle a priorité sur une sûreté grevant ce même compte rendue opposable par l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. Si la banque dépositaire est le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté (y compris sur une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure).

77. La loi devrait prévoir que tout droit de la banque dépositaire d'effectuer une compensation pour dettes connexes ou non entre le compte bancaire et les obligations dont le constituant lui est redevable a priorité sur la sûreté de tout créancier garanti autre qu'un créancier garanti ayant pris contrôle du compte bancaire en devenant client de la banque pour le compte en question.

78. Lorsque le constituant transfert des fonds à partir d'un compte bancaire, la loi devrait prévoir que le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté sur le compte sauf s'il agit en collusion avec le constituant pour priver le créancier garanti de sa sûreté sur les fonds. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des détenteurs de fonds dans des comptes bancaires en vertu d'une loi autre que la présente loi.

Priorité des sûretés sur l'argent

79. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'argent grevé d'une sûreté détient cet argent libre de la sûreté, que l'argent représente un bien initialement grevé ou un produit, à moins que cette personne agisse en collusion avec l'auteur du transfert pour priver le créancier garanti de sa sûreté sur l'argent. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des détenteurs de sommes d'argent en vertu d'une loi autre que la présente loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la recommandation 79 est destinée à promouvoir l'objectif important de maximisation de la négociabilité de l'argent en limitant cette négociabilité uniquement lorsque cela est nécessaire pour protéger le détenteur d'une sûreté sur l'argent contre la collusion du bénéficiaire et de l'auteur d'un transfert de cet argent. Cette recommandation est censée faire pendant à la recommandation 78 relative aux sûretés sur des fonds transférés depuis un compte bancaire*.]

Priorité des sûretés sur des documents négociables et des biens meubles corporels couverts par des documents négociables

80. La loi devrait prévoir que, lorsque les biens meubles corporels sont en possession d'une personne ayant émis un document négociable les concernant, une sûreté sur ces biens devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable est devenue opposable a priorité sur une autre sûreté grevant les biens en question rendue opposable par une autre méthode alors que les biens étaient couverts par le titre représentatif.

81. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable et sur les biens meubles corporels qu'il couvre a un rang inférieur aux droits conférés par la

loi régissant les documents négociables à une personne à laquelle ce document a été dûment transmis.

Priorité des sûretés sur des biens rattachés

82. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles qui a été rendue opposable conformément au droit immobilier a priorité sur un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur ces biens rattachés rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 35.

83. [Une sûreté sur des biens meubles corporels (autres que des instruments et documents négociables) qui sont rattachés ou destinés à être rattachés à des biens immeubles devenue opposable par inscription d'un avis sur le registre immobilier conformément à la recommandation 45 a priorité sur une sûreté sur les biens concernés enregistrée ultérieurement.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la recommandation 83 conjointement à la recommandation correspondante du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 130* ter.]

84. La loi devrait prévoir que la priorité des sûretés sur des biens rattachés à des biens meubles est régie par les règles générales applicables aux biens meubles.

Priorité des sûretés sur des masses de biens meubles corporels ou produits finis

85. La loi devrait énoncer des règles qui soient conformes aux recommandations du présent chapitre en matière de priorité et qui respectent la priorité des sûretés sur:

a) Les biens rattachés à des meubles par rapport aux droits de réclamants concurrents sur les biens auxquels ils sont rattachés; et

b) Un produit fini ou une masse de biens meubles corporels par rapport aux droits de réclamants concurrents sur les biens dont résulte le produit fini ou la masse.

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

X. Mécanismes de financement d'acquisitions 125-135

X. Mécanismes de financement de l'acquisition

Définitions (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 b))

a) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations. [Les sûretés réelles mobilières comprennent les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions et les sûretés non liées au paiement d'acquisitions.]

b) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions" [dans le contexte d'une approche unitaire] désigne une sûreté réelle mobilière sur un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une autre obligation contractée pour permettre au constituant d'acquérir ce bien. Il englobe les sûretés réelles mobilières à proprement parler, ainsi que les sûretés créées dans le cadre de ventes avec réserve de propriété, d'opérations de location-vente, de crédit-baux, et d'opérations de prêt pour le financement du prix d'achat). Le "constituant" d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions peut être un acheteur, un crédit-preneur ou le constituant dans une opération de prêt finançant le prix d'achat. La "partie finançant l'acquisition" peut être un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur du financement du prix d'achat.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être donner des mécanismes de financement d'acquisitions une définition qui pourrait par exemple être libellée comme suit: "Les mécanismes de financement d'acquisitions [dans le contexte d'une approche unitaire] sont des arrangements qui, appelés ou non sûretés, permettent à une personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens sous réserve d'une obligation d'en payer le prix à une personne qui conserve une sûreté sur eux jusqu'à ce que le prix soit payé." Cette définition pourrait être placée immédiatement avant la définition de "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions".*

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi considérer que des définitions supplémentaires sont nécessaires pour l'approche non unitaire, par exemple: i) les mécanismes de réserve de propriété [dans le contexte d'une approche non unitaire] sont des arrangements qui permettent à une personne d'acquérir la possession ou

l'utilisation de biens sous réserve d'une obligation d'en payer le prix à une personne qui en reste propriétaire jusqu'à ce que le prix soit payé. Ces mécanismes [dans le contexte d'une approche non unitaire] comprennent les ventes avec réserve de propriété, les arrangements de location-vente, le crédit-bail et les opérations de prêt pour le financement du prix d'achat, et ii) le droit de propriété, dans le cadre d'une clause de réserve de propriété, est la propriété d'un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une autre obligation contractée pour permettre à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant d'acquérir ce bien.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans le contexte d'une approche non unitaire, dans laquelle les vendeurs réservataires et les crédit-bailleurs sont assimilés à des propriétaires, les prêteurs finançant le prix d'achat doivent être traités eux aussi sur un pied d'égalité et assimilés à des propriétaires (pour ce principe du traitement sur un pied d'égalité, voir A/CN.9/574, par. 35).]

Objet (approche unitaire)

L'objet des dispositions de la loi relatives aux mécanismes de financement d'acquisitions est:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises; et

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions, en leur appliquant le régime général régissant les sûretés réelles mobilières;

c) De faciliter les opérations garanties en général afin d'instaurer la transparence pour ce qui est des mécanismes de financement d'acquisitions.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'alinéa c) a été ajouté dans la section relative à l'objet de ce chapitre, car l'absence de transparence en ce qui concerne le financement des acquisitions dans les pays où les mécanismes de financement des acquisitions ne sont pas soumis à une obligation d'inscription constitue souvent un obstacle sérieux au financement de stocks et de matériel dans un autre but que l'acquisition (ainsi que le financement des créances de sommes d'argent dans les pays qui admettent les clauses de réserve de propriété étendues). L'instauration de la transparence encouragerait fortement ces types de financement.*]

Objet (approche non unitaire)

L'objet des dispositions de la loi relatives aux mécanismes de réserve de propriété est:

a) De reconnaître l'importance et faciliter l'utilisation des mécanismes de réserve de propriété en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises; et

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les vendeurs réservataires, crédit-bailleurs et prêteurs finançant le prix d'achat et d'appliquer aux mécanismes de réserve de propriété des règles particulières de manière à produire des résultats

qui soit fonctionnellement équivalents à ceux que produit un régime régissant les sûretés [dans la mesure compatible avec le régime de propriété pertinent];

c) De faciliter l'utilisation des sûretés réelles mobilières en instaurant la transparence pour les mécanismes de réserve de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'un ensemble distinct de recommandations a été préparé pour les États qui peuvent souhaiter adopter une approche non unitaire à l'égard de la réserve de propriété. Afin d'employer la terminologie appropriée et de tenir compte d'une légère différence dans la question, lorsque c'était nécessaire, des titres distincts ont été ajoutés aux recommandations de l'approche non unitaire. Ces dernières recommandations ont elles aussi été numérotées (les numéros étant toutefois les mêmes que ceux des recommandations de l'approche unitaire) de manière non seulement à en faciliter la lecture mais aussi la reproduction ultérieure éventuelle sous forme d'ensemble consolidé distinct de recommandations à la fin des recommandations de l'approche unitaire.*

Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "dans la mesure compatible avec le régime de propriété applicable" ont été ajoutés afin d'aligner la section relative à l'objet sur l'une des variantes relatives à la réalisation des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions en cas d'insolvabilité, qui est le traitement des parties finançant l'acquisition en tant que propriétaires (voir recommandation 135 (approche non unitaire)). L'équivalent de cette recommandation a été ajouté également pour la réalisation d'une sûreté en garantie du paiement du prix d'acquisition en dehors d'une procédure d'insolvabilité (voir recommandation 134 (approche non unitaire)). Dans cette variante de l'approche non unitaire, le traitement de la réalisation des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions dans le cadre et en dehors d'une procédure d'insolvabilité ne serait pas équivalent au traitement de sûretés, mais serait plutôt conforme au traitement de la réalisation des droits de propriété (pour une discussion des différences, voir A/CN.9/WG.VI/WP.17, par. 39 à 42; voir aussi la Note qui fait suite à la recommandation 134 ci-après). Le commentaire examinera les conséquences d'une telle approche (par exemple, manque d'uniformité, impact potentiel sur l'offre de crédit) afin d'aider les États à faire un choix.]

Équivalence entre les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions et les sûretés réelles mobilières (approche unitaire)

125. La loi devrait traiter toutes les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions comme des sûretés réelles mobilières (voir les définitions de "sûreté réelle mobilière" et de "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions"), de sorte que les recommandations du Guide régissant les sûretés réelles mobilières en général, complétées par les recommandations spécifiques du présent chapitre, devraient s'appliquer également aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement du prix d'acquisition ("approche unitaire").

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être avoir un texte supplémentaire, qui pourrait être le suivant: "Dans ce cas, la caractérisation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions comme sûreté, de manière que le créancier garanti finançant l'acquisition soit le créancier garanti et le constituant le propriétaire des biens*

grevés, s'applique uniquement à l'aspect financement garanti de l'opération. Bien que la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions garantisse l'obligation du constituant de payer le solde du prix d'achat, l'opération sous-jacente n'en demeure pas moins une vente ou un crédit-bail. C'est pourquoi la loi sur les ventes ou sur les baux continue de s'appliquer aux autres aspects de l'opération (tels que garanties de propriété et de qualité, droit de revendre ou de sous-louer, imposition, assurance et comptabilité)". Le commentaire expliquera que si, par exemple, un créancier garanti dans le cadre d'un mécanisme de financement d'acquisitions a vendu à un acheteur du matériel qui était défectueux, l'acheteur pourrait invoquer les termes du contrat et une autre loi pertinente pour invoquer les voies de droit dont peut disposer un acheteur en vertu de cette autre loi, telles que le refus des marchandises et la dénonciation du contrat.]

Équivalence entre les droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété et les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions (approche non unitaire)

125. Si la loi exclut les droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété de la définition des "sûretés réelles mobilières", elle devrait prévoir que les prêteurs finançant le prix d'achat ont le même statut que celui qui est inhérent à une opération avec réserve de propriété par un transfert de propriété soit du vendeur soit de l'acheteur. Elle devrait prévoir aussi que les recommandations applicables aux sûretés, complétées par les recommandations spécifiques applicables aux droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété en vertu du présent chapitre, s'appliquent à tous les mécanismes de réserve de propriété d'une manière qui préserve l'équivalence fonctionnelle entre les droits en vertu des mécanismes de réserve de propriété et les sûretés [dans la mesure compatible avec le régime de propriété applicable].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour mettre en œuvre la décision qu'il a prise de traiter sur un pied d'égalité tous les fournisseurs de financement d'acquisitions (voir A/CN.9/574, par. 35) dans l'approche non unitaire, un texte a été ajouté à la recommandation 125 (approche non unitaire) pour faire en sorte que les prêteurs de financement du prix d'achat soient traités comme des propriétaires. Le commentaire expliquera les termes "dans la mesure compatible avec le régime de propriété applicable" et leurs conséquences pour la réalisation d'un droit de propriété en vertu d'une clause de réserve de propriété dans le cadre ou en dehors du cadre de l'insolvabilité (voir recommandations 134 et 135 (approche non unitaire ci-dessous)).*]

Constitution de sûretés réelles mobilières (approche unitaire)

126. La loi devrait prévoir qu'une sûreté en garantie du paiement du prix d'acquisition est constituée [de la même manière qu'une sûreté en vertu des recommandations 8 à 12] [par une convention entre le constituant et le créancier garanti qu'il n'est pas nécessaire de conclure ou d'attester par un écrit et qui n'est soumise à aucune une autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tout moyen, y compris des témoignages].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 126 (approche unitaire) comprend les mêmes*

variantes que la recommandation 126 (approche non unitaire), de manière à appliquer le principe de l'équivalence. Toutefois, si le Groupe de travail décide de garder les conditions de constitutions applicables en vertu des recommandations 8 à 12, la recommandation 126 ne sera pas nécessaire.]

Constitution de droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété (approche non unitaire)

126. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété est constitué [de la même manière qu'une sûreté en vertu des recommandations 8 à 12] [par une convention entre l'acheteur, le crédit-preneur ou le constituant et le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur finançant le prix d'achat qu'il n'est pas nécessaire de conclure ou d'attester par un écrit et n'est soumise à aucune une autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tout moyen, y compris des témoignages].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour que toutes les questions abordées par les recommandations 8 à 12 soient couvertes, la recommandation 126 (approche non unitaire) fait référence à la constitution, bien qu'une clause de réserve de propriété ne crée pas de nouveau droit de propriété. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner une variante ou une explication du commentaire.*

Comme l'a demandé le Groupe de travail, la recommandation 126 (approche non unitaire) comporte deux variantes, l'une basée sur l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, l'autre sur les conditions de forme prévues dans les recommandations 8 à 12 du projet de guide.

En ce qui concerne la recommandation 126 (approche non unitaire), le Groupe de travail voudra peut-être examiner un texte supplémentaire, qui pourrait être libellé comme suit: "La loi devrait aussi disposer qu'un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété a le pouvoir de constituer des sûretés sur les biens vendus ou loués nonobstant les droits de propriété du vendeur, du bailleur ou du prêteur de financement du prix d'achat."]

Opposabilité aux tiers des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions (approche unitaire)

127. Sauf indication contraire dans la recommandation 128, la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions sans dépossession devient opposable aux tiers par inscription d'un avis la concernant dans le registre des sûretés approprié de la même manière que le prévoient les recommandations du chapitre V concernant les sûretés sur le même type de biens grevés. Si l'avis est inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] à compter de la remise des biens meubles corporels au constituant, la sûreté est opposable aux tiers dont les droits sont nés entre la constitution de la sûreté et son inscription, ainsi qu'aux tiers dont les droits ont été inscrits ultérieurement. Si l'avis est inscrit après l'expiration de ce délai, la sûreté est opposable aux tiers à compter de l'inscription de l'avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les références à la possession "effective" et à la remise "effective" dans les recommandations 127, 129 et 130 ont été supprimées, car il a*

été supposé que les termes "possession" et "remise" seraient expliqués dans la section relative à la terminologie comme désignant la possession "effective" et la remise "effective".]

Opposabilité aux tiers des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété (approche non unitaire)

127. Sauf indication contraire dans la recommandation 128, la loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété devient opposable aux tiers par inscription d'un avis le concernant dans le registre des sûretés approprié de la même manière que le prévoient les recommandations du chapitre V concernant les sûretés sur le même type de biens grevés. Si l'avis est inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] à compter de la remise des biens meubles corporels à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant, le droit est opposable aux tiers dont les droits sont nés entre la conclusion du mécanisme de réserve de propriété et son inscription, ainsi qu'aux tiers dont les droits ont été inscrits ultérieurement. Si l'avis est inscrit après l'expiration de ce délai, le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété est opposable aux tiers à compter de l'inscription de l'avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter à la recommandation 127 (approche non unitaire) un texte qui pourrait par exemple être libellé comme suit: "Dans le cas d'un mécanisme de réserve de propriété, l'opposabilité aux tiers et la priorité sur les réclamants concurrents signifient que le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat sur les biens meubles corporels peut faire valoir son droit de propriété contre les tiers, y compris les réclamants concurrents, revendiquant par l'intermédiaire de l'acheteur, du preneur ou du constituant."*]

Exceptions à l'obligation d'inscription (approche unitaire)

128. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions grevant des biens de consommation devient opposable aux tiers dès sa constitution. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits rendus opposables aux tiers par remise de la possession des biens grevés au créancier garanti en vertu des recommandations 38 à 40 ou par inscription dans un registre de la propriété spécialisé ou notation sur un titre de propriété en vertu de la recommandation 40 *bis*.

Exceptions à l'obligation d'inscription (approche non unitaire)

128. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété relatif à des biens de consommation devient opposable aux tiers dès sa constitution. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits rendus opposables aux tiers par remise de la possession des biens grevés au créancier garanti en vertu des recommandations 38 à 40 ou par inscription dans un registre de la propriété spécialisé ou notation sur un titre de propriété en vertu de la recommandation 40 *bis*.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si toutes les sûretés sur des biens de consommation (à l'exception peut-être des biens de consommation qui sont devenus des biens*

rattachés à des immeubles) devraient être exemptées de l'obligation d'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 35 bis *h)).*]

Priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation sur des sûretés non liées à l'acquisition inscrites antérieurement grevant les mêmes biens meubles corporels (approche unitaire)

129. Dans le cas de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation, la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions a priorité sur une sûreté non liée à l'acquisition inscrite antérieurement grevant les mêmes biens (même si un avis concernant cette dernière sûreté a été inscrit dans le registre des sûretés approprié avant que ne le soit la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions): i) si la partie finançant l'acquisition reste en possession effective desdits biens; ii) si l'avis relatif à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions a été inscrit dans un délai de [même nombre de jours que celui spécifié dans la recommandation 127] à compter de la remise des biens au constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une situation courante dans laquelle ce conflit de priorité surgit est la situation où un créancier garanti préexistant a une sûreté sur la totalité des biens meubles corporels existants et à acquérir du constituant.*]

Priorité des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation sur des sûretés inscrites antérieurement grevant les mêmes biens meubles corporels (approche non unitaire)

129. Dans le cas de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation, la loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété a priorité sur une sûreté inscrite antérieurement grevant les mêmes biens (même si un avis concernant cette dernière sûreté a été inscrit dans le registre des sûretés approprié avant que ne le soit le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété): i) si le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur finançant l'acquisition reste en possession effective desdits biens; [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si l'alinéa i) peut s'appliquer à un mécanisme de réserve de propriété compte tenu du fait que, normalement, l'acheteur, le crédit-preneur ou le constituant prend possession des biens.*] ii) si l'avis relatif au droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété a été inscrit dans un délai de [même nombre de jours que celui spécifié dans la recommandation 127] à compter de la remise des biens à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera l'impact des recommandations 129 et 130 dans les systèmes non unitaires comme cela a été fait au paragraphe 60 du document A/CN.9/588.*]

Priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant des stocks sur des sûretés non liées à des acquisitions inscrites antérieurement grevant des stocks futurs du même type (approche unitaire)

130. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions grevant les stocks du constituant a priorité sur une sûreté non liée à des acquisitions inscrite antérieurement grevant des stocks du même type (même si cette dernière sûreté est devenue opposable aux tiers avant que ne le devienne la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions): i) si la partie finançant l'acquisition demeure en possession des biens meubles corporels; ou ii) si avant la remise des stocks au constituant: a) un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions est inscrit dans le registre des sûretés approprié; et b) le titulaire de la sûreté inscrite antérieurement est avisé par écrit que la partie finançant l'acquisition entend conclure une ou plusieurs opérations dans lesquelles elle aura une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions sur les stocks supplémentaires du constituant décrits dans la notification de façon suffisante pour informer le titulaire d'une sûreté inscrite antérieurement du type de stocks faisant l'objet du financement.

Priorité des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété sur stocks sur des sûretés inscrites antérieurement grevant des stocks futurs du même type (approche non unitaire)

130. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur stocks a priorité sur une sûreté grevant des stocks du même type (même si cette dernière sûreté est devenue opposable aux tiers avant que ne le devienne le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété): i) si le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat demeure en possession des biens meubles corporels; [*Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le point i) s'appliquerait à une opération avec réserve de propriété ou crédit-bail étant donné que normalement la possession des biens meubles corporels est remise à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant.*] ou ii) si avant la remise des stocks à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant: a) un avis concernant le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété est inscrit dans le registre des sûretés approprié; et b) le titulaire de la sûreté inscrite antérieurement est avisé par écrit que le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat entend conclure une ou plusieurs opérations dans lesquelles elle demeurera propriétaire des stocks supplémentaires décrits dans la notification de façon suffisante pour informer le titulaire d'une sûreté inscrite antérieurement du type de stocks faisant l'objet du financement.

[Priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions sur les droits des créanciers chirographaires sur des biens grevés (approche unitaire)

130 *bis*. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 62, une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions qui est rendue opposable aux tiers pendant le délai de grâce prévu dans la recommandation 127 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui a, en vertu d'une loi autre que la présente loi, obtenu un jugement contre un constituant après la constitution de la sûreté et

pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens grevés du constituant en raison de ce jugement.

Priorité des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété sur les droits de créanciers chirographaires sur les biens meubles corporels concernés (approche non unitaire)

130 *bis*. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 62, un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété qui est rendu opposable aux tiers pendant le délai de grâce prévu dans la recommandation 127 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui a, en vertu d'une loi autre que la présente loi, obtenu un jugement contre un acheteur, un crédit preneur ou un constituant après la constitution des droits de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens meubles corporels concernés de l'acheteur, du crédit-preneur ou du constituant en raison de ce jugement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions qui est devenue opposable aux tiers pendant le délai de grâce applicable ne devrait pas être primée par les droits d'un créancier judiciaire dont il est question dans cette recommandation, dont le droit sur le bien grevé est né après la constitution de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions mais avant de devenir opposable aux tiers. S'il n'en était pas ainsi, l'utilisation de la période de grâce serait trop risquée pour les parties finançant l'acquisition. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette recommandation en même temps que la recommandation 62 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4).*]

Priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions sur des biens rattachés à des immeubles sur des sûretés immobilières inscrites antérieurement (approche unitaire)

130 *ter*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions sur des biens meubles corporels destinés à être rattachés à des immeubles, pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre immobilier dans les [...] jours après que les biens meubles corporels sont devenus des biens rattachés, a priorité sur une hypothèque existante sur les immeubles concernés (autre qu'une hypothèque garantissant des prêts finançant la construction d'un immeuble).

Priorité des droits de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens rattachés à des immeubles sur des sûretés immobilières inscrites antérieurement (approche non unitaire)

130 *ter*. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'une clause de réserve de propriété sur des biens meubles corporels destinés à être rattachés à des immeubles, pour lequel un avis a été inscrit dans le registre des immeubles dans les [...] jours après que les biens meubles corporels sont devenus des biens rattachés, a priorité sur une hypothèque existante sur les immeubles concernés (autre qu'une hypothèque garantissant des prêts finançant la construction d'un immeuble).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la superpriorité introduite par cette recommandation ne*

porterait probablement pas atteinte aux droits du titulaire d'une hypothèque existante sur les immeubles concernés car on peut penser que le créancier hypothécaire n'escomptait pas, au moment où l'hypothèque a été constituée, que les biens meubles corporels acquis par la suite deviendraient des biens rattachés. La superpriorité créée par cette règle ne devrait pas avoir pour effet de donner priorité sur les prêteurs d'un financement pour la construction, qui sont présumés se fonder sur tous les biens meubles corporels qui deviennent des biens rattachés à des immeubles dans le cours de la construction.]

Une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions (approche unitaire)

131. La loi devrait prévoir qu'une notification unique aux titulaires de sûretés non liées à des acquisitions inscrites antérieurement pourra couvrir des biens grevés obtenus au moyen d'une ou de plusieurs opérations de financement d'acquisition conclues entre les mêmes parties (sans que ces opérations aient à être identifiées dans la notification). Cette notification ne devrait cependant produire d'effet que pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions constituées sur les biens grevés remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après la notification.

Un ou plusieurs mécanismes de réserve de propriété (approche non unitaire)

131. La loi devrait prévoir qu'une notification unique aux titulaires de sûretés inscrites antérieurement pourra couvrir des biens obtenus au moyen d'un ou de plusieurs mécanismes de réserve de propriété entre les mêmes parties (sans que ces mécanismes aient à être identifiés dans la notification). Cette notification ne devrait cependant produire d'effet que pour les droits de propriété sur les biens remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après la notification.

Priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation (approche unitaire)

132. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 129 (approche unitaire), d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation sur une sûreté non liée à une acquisition inscrite antérieurement grevant les mêmes biens meubles corporels s'applique au produit de ces biens.

Priorité des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation (approche non unitaire)

132. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 129 (approche non unitaire), d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks s'applique au produit de ces biens.

Priorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant le produit de stocks (approche unitaire)

133. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 130 (approche unitaire), d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions grevant des stocks sur une sûreté non liée à une acquisition inscrite antérieurement grevant des stocks de même type s'applique au produit de ces stocks [autres que des créances de sommes d'argent], à condition que la partie finançant l'acquisition en ait avisé les parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des stocks du même type que le produit avant la remise des stocks au constituant ou, au plus tard, au moment où est né le produit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, bien qu'il ait approuvé l'application de la superpriorité de la recommandation 130 à tous les produits, il pourra souhaiter examiner plus avant si ce devrait également être le cas pour le produit consistant en créances de sommes d'argent, car le financement de ces créances risquerait alors d'être fortement découragé. Dans la plupart des cas, une partie finançant de telles créances n'aura peut-être pas le moyen, dans la pratique, de déterminer celles des créances de sommes d'argent du constituant qui seraient soumises à la sûreté prioritaire. Aussi, dans les cas où une créance de somme d'argent unique couvre à la fois des biens meubles corporels faisant l'objet d'un mécanisme de financement des acquisitions et des biens meubles corporels ne faisant pas l'objet d'un tel mécanisme, la partie finançant les créances de sommes d'argent peut ne pas être en mesure, dans la pratique, d'allouer le produit de la créance à la partie finançant l'acquisition. Le risque serait alors qu'elle arrête simplement le financement quand elle reçoit l'avis envisagé par la présente recommandation. Cette éventualité ou bien découragera le financement des créances de sommes d'argent ou bien, si la partie qui les finance accepte de continuer à les financer seulement s'il n'y a pas de mécanisme de financement de l'acquisition de stocks, elle découragera le financement d'acquisitions. Ni l'une ni l'autre solution n'est compatible avec les objectifs du Guide. Une meilleure solution serait de ne pas étendre la priorité de la partie finançant les stocks au produit consistant en créances de sommes d'argent, de manière que la partie qui finance ces créances soit encouragée à consentir un crédit garanti par elles et que le produit de ce crédit puisse être utilisé par le constituant pour payer la partie finançant les stocks. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans la plupart des pays qui reconnaissent les clauses de réserve de propriété, le droit de propriété du vendeur réservataire sur les stocks vendus ne s'étend pas aux créances de sommes d'argent provenant de la vente de ces stocks.*]

Priorité des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété sur le produit de stocks (approche non unitaire)

133. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 130 (approche non unitaire), d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des stocks sur une sûreté inscrite antérieurement grevant des stocks du même type s'étend au produit de ces stocks [autres que des créances de sommes d'argent], à condition que le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat en ait avisé les parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des stocks du

même type que le produit avant la remise des stocks à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant, ou, au plus tard, au moment où est né le produit.

Réalisation (approche unitaire)

134. La loi devrait prévoir que les recommandations du chapitre VIII s'appliquent à la réalisation des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Réalisation (Mise en œuvre) (approche non unitaire)

134. [La loi devrait prévoir que, en cas de défaillance, un mécanisme de réserve de propriété devrait être mis en œuvre de telle manière que: i) les mêmes principes et objectifs que ceux régissant la réalisation des sûretés réelles mobilières en général soient respectés; et ii) que les mêmes résultats soient obtenus.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail à sa huitième session a recommandé la formulation de l'approche non unitaire dans le sens indiqué ci-dessus.*]

[La loi devrait prévoir que les recommandations du chapitre VIII s'appliquent à la réalisation des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans la mesure compatible avec le régime applicable à la réalisation des droits de propriété.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les derniers mots de la deuxième variante dans le cadre d'une approche non unitaire seraient conformes à l'approche non unitaire de la loi existante de chaque État membre sur la réalisation des droits de propriété plutôt qu'aux recommandations sur la réalisation contenues dans le Guide. Par exemple, dans certains pays cela signifierait que, en cas de défaillance, un vendeur qui resterait propriétaire et obtiendrait la possession des biens serait autorisé à conserver ces derniers, au lieu d'en disposer, et n'aurait pas à rendre compte à l'acheteur de l'excédent de la valeur de ces biens sur la partie non payée du prix d'achat et ne pourrait réclamer à l'acheteur la partie non payée du prix d'achat (pour une discussion des différences, voir A/CN.9/WG.VI/WP.17, par. 39 à 42; voir aussi la deuxième variante de la recommandation (approche non unitaire) sur la réalisation de droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans une procédure d'insolvabilité ci-dessous).*

Dans le souci de parvenir à un équilibre approprié entre, d'une part, la sécurité juridique et l'uniformité, et d'autre part, la flexibilité, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure dans la recommandation 134 (approche non unitaire) deux variantes, en s'inspirant des variantes de la recommandation 135 (approche non unitaire). L'une pourrait être formulée dans le sens de la recommandation 134 (approche unitaire) et l'autre dans le sens de la deuxième variante de la recommandation 134 (approche non unitaire). Ainsi, dans le contexte d'une approche non unitaire, les États pourraient choisir entre une recommandation qui serait conforme à l'approche non unitaire des recommandations relatives à la réalisation contenues dans le Guide et une recommandation qui serait conforme à l'approche non unitaire de la loi existante de l'État adoptant sur la réalisation de droits de propriété. Le commentaire pourrait examiner ces variantes pour aider les États à prendre une décision.

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager un texte supplémentaire qui pourrait par exemple être rédigé comme suit: "Dans le cas d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété, s'il était requis que l'avis de ce droit soit inscrit dans le registre des sûretés, mais qu'il ne l'a pas été, ou ne l'a été qu'après l'expiration du délai spécifié dans la recommandation 127, le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat a le droit de prendre possession des biens meubles corporels uniquement s'ils sont encore en la possession de l'acheteur, du crédit-preneur ou du constituant et reprend ces biens sous réserve de toutes sûretés constituées par l'acheteur, le crédit-preneur ou le constituant. Toutefois, dans le cas d'une inscription tardive, si l'avis a été inscrit avant la vente des biens meubles corporels par l'acheteur initial, le crédit-preneur ou le constituant, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat peut prendre possession des biens meubles corporels en la possession de l'acheteur subséquent, autre qu'[un acheteur des stocks dans le cours normal des affaires du vendeur, et toute autre personne dont les droits sur les stocks proviennent de cet acheteur (même si ledit acheteur ou une autre personne a connaissance de l'existence de la sûreté)] [un acheteur de bonne foi]".]

Insolvabilité

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir les recommandations A et B dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité:*

Approche unitaire

A. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, la partie finançant l'acquisition a les droits et les obligations d'une personne titulaire d'une sûreté.

Approche non unitaire

B. [La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant lié par un mécanisme de réserve de propriété, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat a les droits et les obligations d'une personne titulaire d'une sûreté.] [La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant lié par un mécanisme de réserve de propriété, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat a les droits et les obligations d'un tiers propriétaire de l'actif en vertu du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.]]

Conflit de lois (approche unitaire)

135. La loi devrait prévoir que les recommandations relatives au conflit de lois figurant au chapitre XI s'appliquent aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Conflit de lois (approche non unitaire)

135. La loi devrait prévoir que les recommandations relatives au conflit de lois figurant au chapitre XI s'appliquent aux mécanismes de réserve de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être faire référence dans cette recommandation à la définition du constituant pour les mécanismes de réserve de propriété inclus dans le présent chapitre, à savoir que le "constituant" dans le contexte d'un mécanisme de financement d'acquisitions, désigne un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt pour le financement du prix d'achat. La "partie finançant l'acquisition" désigne un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur du financement du prix d'achat*.]

F. Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa dixième session (New York, 1er-5 mai 2006)

(A/CN.9/603) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1
II.	Organisation de la session	2-7
III.	Délibérations et décisions	8
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties	9-106
	A. Sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent (A/CN.9/WG.VI/WP.26)	9-39
	B. Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2)	40-50
	C. Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3)	51-62
	D. Sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1)	63-78
	E. Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2)	79-88
	F. Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)	89-91
	G. Chapitre VIII. Défaillance et réalisation (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)	92-106
V.	Travaux futurs	107-110

I. Introduction

1. À sa dixième session, le Groupe de travail VI a poursuivi ses travaux d'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001[26]. Cette

[26] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358. Pour l'historique du projet, voir A/CN.9/WG.VI/WP.22. Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses première à septième sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543 et A/CN.9/549, A/CN.9/570 et A/CN.9/574. Les rapports sur les première et deuxième sessions conjointes des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. Il est rendu compte de l'examen de ces rapports par la Commission dans les documents A/57/17 (par. 202 à 204), A/58/17 (par. 217 à 222), A/59/17 (par. 75 à 78) et

dernière avait décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur l'offre de crédit et le coût du crédit[27].

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dixième session à New York du 1er au 5 mai 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Bénin, Brésil, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Madagascar, Mexique, Ouganda, Pologne, République de Corée, République tchèque, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie et Uruguay.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Guinée, Hongrie, Irlande, Maldives, Philippines, République dominicaine et Zambie.

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

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

b) Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission: American Bar Association, Association européenne des étudiants en droit, Association internationale pour les marques, Association of the Bar of the City of New York, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale, Commercial Finance Association, Forum for International Commercial Arbitration, Institut Max Planck de droit privé étranger et international, International Federation of Insolvency Practitioners, International Insolvency Institute, International Swaps and Derivatives Association et National Law Center for Inter-American Free Trade.

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteuse: Mme Margaret Kaggwa KASULE (Ouganda)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1, 2 et 5 (Recommandations) et A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 4 (Recommandations).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture et déroulement de la session.

A/60/17 (par. 185 à 187).

[27] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 455, et *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 347.

2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a examiné les recommandations concernant les sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent, des instruments négociables, des documents négociables, des droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires et des droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants ainsi que les recommandations sur les droits et obligations des parties avant défaillance et les recommandations 88 à 111 sur la défaillance et la réalisation. Il est rendu compte au chapitre IV ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié de revoir ces recommandations en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

IV. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties

A. Sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent (A/CN.9/WG.VI/WP.26)

1. Définitions

9. Sous réserve du remplacement, dans la version anglaise, du mot "fixtures" par le mot "attachments" (pour "bien rattaché") dans la définition a) ("sûreté réelle mobilière"), le Groupe de travail a approuvé quant au fond les définitions a), d) ("créancier garanti") et f) ("constituant") sans modification et a décidé de supprimer la définition n) ("créance") (voir par. 35). Il a également approuvé quant au fond les définitions o) ("créance de somme d'argent"), p) ("cession"), q) ("cédant"), r) ("cessionnaire") et s) ("cession subséquente") sans modification.

10. En ce qui concerne la définition t) ("débiteur en compte"), il a été convenu que le mot "compte" devrait être supprimé au motif qu'il n'était pas universellement compris et ne correspondait pas à la terminologie employée dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international ("la Convention des Nations Unies sur la cession"). Quant à la distinction entre le débiteur de l'obligation garantie et le débiteur de la créance de somme d'argent, plusieurs suggestions ont été faites, notamment celle d'employer les termes "emprunteur" ("borrower") ou "obligé" (obligor) pour le débiteur de l'obligation garantie. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la définition t) quant au fond.

11. En ce qui concerne la définition u) ("notification de la cession"), il a été convenu que le commentaire devrait expliquer que l'acte de communiquer était également inclus (et pas seulement le document) et que toutes les communications

étaient visées, qu'elles aient lieu ou non dans le contexte d'une signification par une autorité judiciaire ou autre.

12. Pour ce qui est de la définition v) ("contrat initial"), le Groupe de travail est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de la modifier pour tenir compte des sources d'obligations non contractuelles (voir par. 36).

13. Il a également été convenu que le mot "écrit" devrait être étendu aux communications électroniques, comme indiqué dans la recommandation 11 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), mais que l'examen de la question soulevée à propos de la signature devrait être reporté jusqu'à ce que le Groupe de travail ait approuvé la recommandation 12 quant au fond.

2. Recommandations

Recommandation 3 d) et f) (Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés)

14. Sous réserve du remplacement, dans la version anglaise, du mot "fixtures" par le mot "attachments", le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'alinéa d) de la recommandation 3. Il a approuvé quant au fond l'alinéa f) de cette recommandation sans modification.

Recommandation 13 (Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté)

15. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 13 sans modification.

Recommandation 14 (Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances de sommes d'argent futures, de fractions de créances de sommes d'argent ou d'un droit indivis sur des créances de sommes d'argent)

16. Sous réserve de la suppression des mots "en compte" après "débiteur", le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 14 sans modification.

Recommandation 15 (Efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité)

17. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa c) de la recommandation 15, limitant le champ d'application de cette recommandation à certains types de créances de sommes d'argent, devrait, par souci de cohérence avec la Convention des Nations Unies sur la cession, être maintenu sans les crochets. Sous réserve de la suppression des mots "compte" après "débiteur", il a approuvé la recommandation 15 quant au fond.

Recommandation 16 (Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou toute autre obligation)

18. Le Groupe de travail a examiné une proposition visant à modifier la recommandation 16, relative à la constitution automatique (c'est-à-dire sans acte de constitution séparé) d'une sûreté sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le

paiement d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation lorsque l'obligation était elle-même un bien grevé dans le cadre du projet de guide, et à ajouter deux nouvelles recommandations. La première traiterait de l'opposabilité automatique de la sûreté constituée automatiquement. La seconde étendrait le champ d'application du projet de guide à une sûreté personnelle ou réelle qui normalement n'en relèverait pas dans la mesure limitée où une sûreté sur cette sûreté personnelle ou réelle serait automatiquement constituée et serait automatiquement opposable.

19. Le texte ci-après a été proposé pour la recommandation 16:

> "La loi devrait prévoir que, dès qu'une sûreté est constituée sur une créance de somme d'argent, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté est créée automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, la loi ne devrait pas prévoir la constitution automatique d'une sûreté sur le droit de tirer l'engagement de garantie indépendant, mais devrait prévoir la constitution automatique d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un tel engagement. La présente recommandation ne s'applique pas à un droit sur un immeuble qui, en vertu de la loi applicable, peut être transféré séparément d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'il peut garantir."

20. En outre, le texte suivant a été proposé pour une nouvelle recommandation sur l'opposabilité:

> "La loi devrait prévoir que, dès qu'une sûreté sur une créance de somme d'argent, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide devient opposable, une sûreté sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation est automatiquement opposable, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, la loi ne devrait pas prévoir qu'une sûreté sur le droit de tirer l'engagement de garantie indépendant est automatiquement opposable, mais devrait prévoir qu'est automatiquement opposable une sûreté sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un tel engagement. La présente recommandation ne s'applique pas à un droit sur un immeuble qui, en vertu de la loi applicable, peut être transféré séparément d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'il peut garantir."

21. En outre, afin d'aligner les deux premières recommandations sur la recommandation 4 du document A/CN.9/WG.VI/WP.21 traitant du champ d'application du Guide, il a été proposé d'insérer le texte ci-après dans la recommandation 4:

> "Sauf dans la mesure limitée prévue par les recommandations 16 et [...] relatives à une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance de somme

d'argent, un instrument négociable ou une autre obligation entrant dans le champ d'application du Guide, la loi ne devrait pas s'appliquer aux ..."

22. Il a été convenu que la constitution et l'opposabilité automatiques d'une sûreté garantissant une créance de somme d'argent, un instrument négociable ou toute autre obligation supprimeraient des formalités inutiles et faciliteraient la valorisation de cette créance, de cet instrument négociable ou de cette autre obligation comme bien servant de base à l'octroi d'un crédit et auraient par conséquent un effet bénéfique sur l'offre de crédit et sur le coût du crédit. Il a été convenu également que ce résultat ne devrait pas être obtenu aux dépens des droits des tiers, de la priorité ou de la réalisation.

23. Toutefois, s'il y a eu accord quant au résultat économique à atteindre, des points de vue divergents ont été exprimés sur la manière d'y parvenir. Selon un avis, le créancier garanti acquérait une sûreté sur la sûreté garantissant la créance de somme d'argent, l'instrument négociable ou l'autre obligation. Selon un autre avis, il se substituerait au constituant dans ses droits. Après discussion, il a été convenu que, tant que le résultat concret susmentionné (constitution automatique et opposabilité automatique) était atteint, l'analyse théorique ou la méthode par laquelle il le serait n'était pas si importante, et qu'il faudrait donc employer une terminologie neutre pouvant être utilisée dans les divers systèmes juridiques.

24. En ce qui concerne les engagements de garantie indépendants en particulier, il a été convenu que la constitution et l'opposabilité automatiques d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant ne devraient pas avoir de conséquence pour le droit de tirer l'engagement indépendant ni pour les droits et obligations du garant/émetteur. Pour ce qui est des hypothèques, il a été convenu que la constitution et l'opposabilité automatiques d'une sûreté sur une hypothèque (ou le transfert de droits hypothécaires) ne devraient pas avoir d'incidence sur les droits des tiers, la priorité ou la réalisation. On a donné l'exemple de la titrisation de créances de sommes d'argent garanties par des hypothèques, dans lequel, en vertu des recommandations proposées, le créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert ne s'inscrirait sur le registre des biens immobiliers que si une créance n'était pas payée et s'il voulait réaliser l'hypothèque garantissant le paiement de cette créance. Dans ce contexte, on a fait valoir qu'il faudrait expliquer dans le commentaire que l'application de ces recommandations pourrait différer d'un pays à l'autre selon la législation générale concernant, par exemple, la titrisation de créances de sommes d'argent garanties par des hypothèques.

25. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de modifier la recommandation 16 comme il a été suggéré et d'ajouter les deux nouvelles recommandations proposées. Il a également été convenu que la recommandation 16 devrait s'appliquer aussi aux cessions pures et simples de créances de sommes d'argent et devrait s'inspirer des paragraphes 2 à 6 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession. En ce qui concerne la disposition qui traiterait des conditions de forme, il a été convenu que, si la sûreté portait sur des biens entrant dans le champ d'application du projet de guide, il faudrait faire référence aux conditions de forme de ce dernier; dans le cas contraire, les conditions de forme seraient soumises à la loi régissant les droits sur ces biens pour autant qu'elle ne fasse pas obstacle à la constitution et à l'opposabilité automatiques.

Recommandations 16 *bis* à 16 *quinquies* (Droits et obligations du cédant et du cessionnaire avant défaillance)

26. Sous réserve de la suppression de l'alinéa c) de la recommandation 16 *bis*, traitant des usages internationaux auxquels les parties sont réputées s'être tacitement référées, dont il a été estimé qu'elle n'était pas appropriée pour un régime interne, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 16 *bis* à 16 *quinquies*.

Recommandations 17 à 23 (Droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire)

27. Sous réserve de la suppression des mots "en compte" utilisés après "débiteur", le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 17 à 23. Il est également convenu qu'à la recommandation 17 b) ii), il fallait conserver la référence à l'"État" plutôt qu'au "lieu" de paiement dans un souci de souplesse en ce qui concerne un changement de lieu de paiement au sein d'un État par suite d'une cession.

Recommandation 37 (Opposabilité d'une sûreté sur des créances de sommes d'argent)

28. Le Groupe de travail est convenu de supprimer la recommandation 37 car son contenu figurait déjà dans les règles générales du projet de guide relatives à l'opposabilité (à propos de l'ajout d'une autre recommandation, voir par. 21).

Recommandation 88 (Application du présent chapitre aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent)

29. Le Groupe de travail est convenu de revoir la recommandation 88 pour y préciser que, à l'exception de certains droits, obligations et moyens (par exemple, l'obligation du créancier garanti de restituer au cédant tout excédent ou encore l'obligation de payer tout solde restant dû), un cessionnaire dans le cadre d'une cession pure et simple devrait pouvoir se prévaloir des droits, obligations et moyens prévus dans le chapitre sur la réalisation.

30. L'idée a été émise dans la discussion qu'il serait peut-être nécessaire de faire figurer les restrictions indiquées dans la recommandation 88 (A/CN.9/WG.VI/WP.26) concernant le transfert pur et simple de créances de sommes d'argent sans possibilité de se retourner contre l'auteur du transfert dans le chapitre sur l'insolvabilité. Bien que cette suggestion ait retenu l'attention, il a été convenu qu'une décision sur ce point exigerait un examen approfondi des recommandations du chapitre sur l'insolvabilité. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier la question et de préparer une note qu'il examinerait à une session ultérieure.

Recommandations 102 et 103 (Recouvrement de créances de sommes d'argent)

31. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 102 et 103 sans modification.

Recommandations 137 et 137 *bis* (Loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des biens meubles incorporels)

32. La règle posée dans la première phrase de la recommandation 137 a été généralement appuyée. En revanche, il a été proposé de supprimer la deuxième phrase pour les raisons suivantes: i) la première phrase était suffisante pour indiquer la règle générale; ii) le commentaire pouvait expliquer que cette règle générale admettait des exceptions (par exemple, en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, auxquels le principe de territorialité était applicable); et iii) il serait, en tout état de cause, contraire à la démarche adoptée dans le projet de guide, lequel ne prévoyait pas de règles spéciales pour les sûretés sur les droits de propriété intellectuelle, d'établir de telles règles dans le chapitre relatif au conflit de lois. La proposition a suscité des objections. À son encontre, on a fait valoir que le fait que le projet de guide ne comporte pas de règles spéciales de droit matériel sur les sûretés grevant des droits de propriété intellectuelle ne signifiait pas qu'il ne devait prévoir aucune règle de conflit sur ce point. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé la première phrase de la recommandation 137 quant au fond et est convenu de conserver la deuxième entre crochets pour examiner ultérieurement la loi applicable aux sûretés grevant des droits de propriété intellectuelle.

33. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 137 *bis* sans modification.

Recommandations 146 (Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti) et 147 (Loi applicable aux droits et obligations du débiteur en compte, etc.)

34. Sous réserve de la suppression des mots "compte" après "débiteur" dans la recommandation 147, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 146 et 147 quant au fond.

Droits à l'exécution d'obligations non monétaires ("créances")

35. Le Groupe de travail a examiné si les recommandations sur les créances de sommes d'argent devraient s'appliquer aux droits à l'exécution d'obligations non monétaires. De l'avis général, ces recommandations pouvaient s'appliquer aux droits contractuels à l'exécution d'une obligation non monétaire mais non à tous les droits à exécution. Il a donc été convenu que la définition n) ("créances") était trop générale et devait être supprimée. Il a aussi été convenu que des règles spéciales seraient éventuellement nécessaires pour préserver les droits des débiteurs de biens meubles incorporels, tels que des obligations contractuelles non monétaires.

Créances de sommes d'argent extracontractuelles

36. Il a été convenu que les recommandations sur les créances de sommes d'argent devraient s'appliquer à la fois aux créances contractuelles et aux créances extracontractuelles de sommes d'argent. Il a aussi été convenu qu'il ne faudrait pas empiéter sur les dispositions légales limitant la cessibilité des créances de sommes d'argent non contractuelles et qu'il faudrait revoir certaines recommandations pour les appliquer aux créances extracontractuelles (par exemple, le terme "contrat initial" devrait probablement être supprimé ou remplacé par un terme plus général pour englober à la fois les sources contractuelles et les sources non contractuelles

des créances, et la question des “garanties dues par le cédant” était sans objet dans le contexte de créances extracontractuelles).

Transferts purs et simples d’instruments négociables

37. Dans le cadre de son débat sur l’alinéa f) de la recommandation 3, relatif aux transferts purs et simples de créances de sommes d’argent (voir par. 14), le Groupe de travail s’est demandé si le projet de guide devrait aussi s’appliquer aux transferts purs et simples d’instruments négociables. Les avis ont divergé sur la question. Selon un point de vue, ces transferts ne devraient pas être abordés dans le projet de guide au motif qu’ils ne constituaient pas des opérations garanties et qu’il n’était pas nécessaire de les soumettre à inscription ni aux mêmes règles de priorité que celles applicables aux transferts à titre de garantie, les créanciers garantis pouvant en effet se protéger en prenant possession des instruments.

38. Selon le point de vue opposé, les transferts purs et simples d’instruments négociables devraient entrer dans le champ d’application du projet de guide parce qu’ils faisaient partie d’opérations de financement importantes (comme la titrisation et le forfaitage) et que, dans la pratique, il n’était pas toujours aisé de distinguer entre un transfert pur et simple et un transfert à titre de garantie ni entre une créance de somme d’argent et un instrument négociable. On a cependant fait observer qu’aucune pratique ne reposait sur le transfert pur et simple de chèques ou de lettres de change. À cet égard, pour distinguer entre un billet à ordre et ces autres instruments, on parlait de “la promesse de payer” par opposition à “l’ordre de payer”. Cette terminologie a toutefois été contestée car elle n’était pas universellement comprise. On s’est en outre opposé à l’exclusion des transferts purs et simples de lettres de change au motif qu’ils faisaient partie intégrante d’opérations de financement importantes.

39. À l’issue de la discussion, il a été convenu provisoirement que les transferts purs et simples d’instruments négociables (à l’exception des chèques) devraient être visés par le projet de guide. Il a été convenu également que le Groupe de travail reviendrait sur la question après avoir fini d’examiner les recommandations sur les instruments négociables et d’autres recommandations pertinentes, et déterminé si des règles spéciales étaient nécessaires (voir par. 50).

B. Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2)

1. Définitions

40. Sous réserve du remplacement, dans la version anglaise, du mot “fixtures” par le mot “attachments” dans la définition i) (“biens meubles corporels”), le Groupe de travail a approuvé quant au fond les définitions i) et w) (“instrument négociable”) et noté qu’il avait déjà approuvé la définition o) (“créance de somme d’argent”) (voir par. 9).

2. Recommandations

Recommandation 3 d) (Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés)

41. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà approuvé la recommandation 3 d) quant au fond (voir par. 14).

Constitution d'une sûreté sur un instrument négociable

42. Le Groupe de travail a indiqué que les recommandations générales étaient suffisantes pour traiter de la constitution d'une sûreté sur un instrument négociable et que le commentaire devrait expliquer que la constitution d'une sûreté n'aurait pas d'incidence sur les droits obtenus suite au transfert d'un instrument négociable par endossement conformément au droit des instruments négociables.

Recommandation 24 (Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant un instrument négociable)

43. Compte tenu du fait que la recommandation 16 révisée inclurait les sûretés sur des sûretés garantissant des instruments négociables, le Groupe de travail a décidé que la recommandation 24 devrait être supprimée.

Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

44. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond une nouvelle recommandation, dont le texte est le suivant: "La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et i) la personne obligée par l'instrument négociable; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière." Il a été convenu que cette recommandation devrait être placée dans un nouveau chapitre traitant des droits et obligations des tiers débiteurs.

Opposabilité d'une sûreté sur un instrument négociable

45. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond une nouvelle recommandation, dont le texte est le suivant: "La loi devrait prévoir que, lorsqu'une sûreté sur un instrument négociable est opposable, elle le reste pendant une courte durée de [à spécifier] jours après la restitution de l'instrument au constituant aux fins de présentation, de paiement, d'exécution, de renouvellement". Il était entendu qu'en rendant l'instrument négociable grevé au constituant le créancier garanti ne serait exposé, pour de bonnes raisons, au risque de perdre sa sûreté que pendant une courte durée et seulement s'il n'avait pas inscrit d'avis la concernant sur le registre général des sûretés.

46. En conséquence, le Groupe de travail a approuvé cette recommandation quant au fond tout en convenant qu'elle devrait se limiter aux cas où les sûretés étaient rendues opposables "par une méthode autre que l'inscription" ou "par dépossession".

Recommandation 74 (Priorité d'une sûreté sur un instrument négociable)

47. Sous réserve qu'il soit précisé que les alinéas a) et b) faisaient référence au créancier garanti, à l'acheteur ou à une autre personne à laquelle l'instrument était transféré, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 74 quant au fond.

Recommandations 104 et 105 (Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable)

48. Il a été convenu que le créancier garanti devrait avoir le droit de réaliser sa sûreté sur l'instrument négociable avant défaillance uniquement avec l'accord du constituant. Il a été déclaré que cette règle ne devrait s'appliquer que si les parties n'avaient pas abordé la question dans la convention constitutive de sûreté. On a également fait observer qu'une approche différente contrarierait les attentes légitimes des tiers créanciers du constituant. En même temps, cependant, il a été convenu que la recommandation 104 ne devrait pas porter atteinte au droit que pourrait avoir le créancier garanti, en vertu de la loi régissant les instruments négociables, d'obtenir le paiement de l'instrument à l'échéance avant défaillance même sans l'accord du constituant. Il a été convenu aussi que la recommandation 104 devrait indiquer clairement que les droits de réalisation du créancier garanti étaient soumis aux droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument en vertu de cette même loi. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 104 et 105 quant au fond.

Recommandations 136, 140, 146 et 147 (Questions concernant la loi applicable)

49. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 136, 140, 146 et 147 sans modification.

Transferts purs et simples d'instruments négociables

50. Rappelant sa discussion précédente (voir par. 37 à 39), le Groupe de travail est convenu que les transferts purs et simples d'instruments négociables ne devraient pas être abordés dans les recommandations. Il a été dit que de tels transferts existaient sur des marchés spécialisés. Il a été dit aussi qu'il n'y avait pas de pratiques financières comportant, par exemple, le transfert pur et simple de chèques. Toutefois, il a aussi été convenu que le commentaire devrait examiner les questions pertinentes à l'intention des États qui souhaiteraient éventuellement aborder les transferts purs et simples d'instruments négociables dans leur loi sur les opérations garanties. On a déclaré que les recommandations générales relatives à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté sur un instrument négociable, complétées par les recommandations pertinentes concernant des biens particuliers, devraient s'appliquer de la même manière aux transferts purs et simples d'instruments négociables. À cet égard, on a fait observer qu'une autre règle possible sur l'opposabilité pourrait prévoir qu'un transfert pur et simple pourrait être rendu opposable automatiquement dès la constitution. Le résultat serait, a-t-on dit, qu'une sûreté constituée en premier aurait priorité sur une sûreté inscrite ultérieurement (mais non sur une sûreté devenue opposable par dépossession du constituant). Pour ce qui est de la réalisation, on a fait observer qu'il faudrait peut-être une recommandation différente prévoyant que la personne à laquelle l'instrument est transféré pourrait le réaliser librement sans avoir obtenu au préalable l'accord de l'auteur du transfert.

C. Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3)

1. Définitions

51. S'agissant de la définition pp) ("possession"), on a dit qu'il faudrait peut-être supprimer l'obligation de possession effective, car la possession des biens meubles corporels par l'émetteur du document négociable représentant ces biens pourrait être virtuelle (l'émetteur pourrait posséder ces biens par l'intermédiaire d'une autre personne). Il a été répondu que la possession devrait être définie par référence à la possession effective aux fins du projet de guide, tandis que la nature de la possession des biens par l'émetteur nécessaire à la délivrance d'un document négociable devrait être définie par la loi régissant les documents négociables.

52. Sous réserve de remplacer, en anglais, le mot "fixtures" par "attachments" dans la définition i) ("biens meubles corporels") et de supprimer les références au créancier garanti dans la définition pp) ("possession"), le Groupe de travail a approuvé quant au fond les définitions i), x) ("document négociable") et pp).

2. Recommandations

Recommandation 3 d) (Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés)

53. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà approuvé la recommandation 3 d) quant au fond (voir par. 14).

Recommandation 28 (Constitution d'une sûreté sur un document négociable)

54. Le Groupe de travail est convenu que les règles générales relatives à la constitution d'une sûreté s'appliquaient aussi aux documents négociables. À propos de la recommandation 28, on a exprimé la crainte que celle-ci, en exigeant que les biens meubles corporels soient en possession de l'émetteur lors de la constitution de la sûreté les grevant, n'exclue le cas des documents de transport multimodal où les biens seraient en possession de l'émetteur à un stade donné mais auraient été expédiés au moment où ce dernier créait la sûreté. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 28 sans modification. Il a été convenu que, la définition du terme "document négociable" faisant référence à la "loi régissant les documents négociables", la question de la négociabilité des documents de transport multimodal relevait à juste titre de cette loi. Il a également été convenu que le commentaire pourrait expliquer qu'un État avait la possibilité, s'il le souhaitait, d'aborder la question des documents de transport multimodal. Enfin, il a été convenu que la définition du terme "émetteur" pourrait être rédigée de manière à s'appliquer qu'un document de transport multimodal soit ou non négociable.

Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

55. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond une nouvelle recommandation, libellée comme suit: "La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et l'émetteur du document négociable ou une autre personne obligée par ce

document, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par la loi régissant les documents négociables.”

Recommandation 44 (Opposabilité d’une sûreté sur un document négociable)

56. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l’adverbe “uniquement” car la possession n’était pas la seule méthode permettant de rendre opposable une sûreté sur un document négociable. Il a aussi été convenu de supprimer les mots “ou des biens” car, aussi longtemps que les biens meubles corporels étaient représentés par le document négociable, ils seraient en possession de l’émetteur et donc ne pouvaient, en toute logique, se trouver en même temps en possession du constituant. Il a en outre été convenu d’aborder, dans le commentaire, la notion de possession en rapport avec les documents négociables électroniques. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 44 quant au fond.

Recommandation 44 *bis* (Opposabilité d’une sûreté sur un document négociable)

57. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation 44 *bis* devrait se limiter aux cas où une sûreté était rendue opposable “par une méthode autre que l’inscription” ou “par dépossession”. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 44 *bis* quant au fond.

Recommandations 80 et 81 (Priorité des sûretés sur des documents négociables)

58. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 80 et 81 sans modification.

Recommandation 109 (Réalisation d’une sûreté sur un document négociable)

59. Sous réserve d’indiquer que la réalisation pouvait avoir lieu avant la défaillance, avec l’accord du constituant (plutôt que de l’émetteur), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 109 quant au fond.

Recommandation 136 (Loi applicable aux sûretés sur des biens meubles corporels)

60. Il a été convenu que la constitution d’une sûreté sur un document négociable, son opposabilité et sa priorité devraient être régies par la loi du lieu où le document était détenu. Il a également été convenu, toutefois, que l’application de cette règle risquait de poser un problème lorsque les biens meubles corporels se trouvaient dans un autre État. Le Groupe de travail a examiné l’avis selon lequel l’application de la loi de l’État de destination finale des biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 142) pourrait suffire à régler ce problème, mais il n’a pas pu se mettre d’accord. À l’issue de sa discussion, il a prié le secrétariat d’établir une note et, éventuellement, d’autres recommandations pour résoudre le problème.

Recommandation 140 (Loi applicable à l’opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens)

61. Il a été noté que la recommandation 140 renvoyait à la loi de l’État où se trouvait le constituant uniquement lorsque l’opposabilité était assurée par inscription.

Recommandations 146 (Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti) et 147 (Loi applicable aux droits et obligations du débiteur en compte, etc.)

62. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 146 et 147 sans modification.

D. Sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1)

1. Définitions

63. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà approuvé la définition o) ("créance de somme d'argent") quant au fond (voir par. 9). Pour ce qui est de la définition cc) ("compte bancaire"), il est convenu que celle-ci devrait être revue pour mentionner le bien grevé, à savoir le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Il a aussi été convenu que le commentaire devrait expliquer que les fonds non encore crédités au moment de la constitution d'une sûreté (par exemple des intérêts ou commissions) devraient également être visés. En ce qui concerne la signification du terme "banque", il a été décidé d'expliquer celle-ci dans le commentaire en se référant à l'activité de tenue de comptes sans entrer dans les questions de réglementation (par exemple, les questions de licence bancaire). Il a aussi été convenu que le commentaire devrait expliquer que les comptes tenus par les banques centrales ou les systèmes de paiement, de compensation (clearing) et de règlement ne devraient pas être visés. S'agissant de la définition du terme "contrôle", il a été convenu de faire référence au contrôle du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (et non des fonds eux-mêmes) et de modifier le troisième moyen prévu pour obtenir le contrôle en parlant plutôt du fait que le créancier garanti devenait client de la banque (c'est-à-dire titulaire du compte). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les définitions cc) et hh) quant au fond.

2. Recommandations

Recommandation 3 d) (Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés)

64. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà approuvé la recommandation 3 d) quant au fond (voir par. 14).

Recommandation 26 (Constitution d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

65. Sous réserve de supprimer les mots "entre le créancier garanti et le constituant", le Groupe de travail a approuvé la recommandation 26 quant au fond.

Recommandations X et Y (Droits et obligations de la banque dépositaire)

66. Sous réserve, dans la recommandation X b), de conserver la première variante entre crochets sans ces derniers et de supprimer la seconde, le Groupe de travail a approuvé les recommandations X et Y quant au fond.

Recommandation 43 (Opposabilité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

67. Sous réserve de parler du contrôle du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et d'aborder la question de l'identification du produit déposé sur un compte bancaire lors de son débat sur le produit à un stade ultérieur, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 43 quant au fond.

Recommandations 76 à 78 (Priorité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

68. Les avis ont divergé sur le point de savoir si la sûreté d'une banque dépositaire devait être prioritaire y compris sur une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle antérieur passé avec elle, comme le prévoyait la deuxième phrase de la recommandation 76. Selon un point de vue, une banque dépositaire ne devrait pas primer un créancier garanti avec qui elle avait conclu un accord de contrôle. Il a été dit que cet accord devait être respecté. De plus, a-t-on fait remarquer, si la banque souhaitait avoir la priorité, elle en disposerait ainsi dans l'accord de contrôle. On a ajouté que cette solution serait plus simple et plus transparente que celle consistant à attendre du créancier garanti qu'il essaie par la suite d'obtenir un accord de cession de rang auprès de la banque. Il a également été dit que les droits à compensation de la banque ne justifieraient pas nécessairement la superpriorité de cette dernière car l'existence ou non de tels droits dépendrait d'une autre loi.

69. Selon l'avis majoritaire toutefois, la banque devrait prendre rang même devant un créancier avec qui elle avait passé un accord de contrôle car, a-t-on dit, dans le cas contraire, elle ne conclurait pas d'accord du tout, ce qui limiterait le montant des crédits pouvant être octroyés par d'autres créanciers que la banque (ou augmenterait le coût de ces crédits), ou en conclurait un mais limiterait le montant des crédits qu'elle fournirait à ses clients (ou augmenterait le coût de ces crédits). De plus, a-t-on observé, le fait qu'un créancier garanti ayant obtenu le contrôle n'ait pas priorité sur la banque dépositaire ne rendait pas l'accord de contrôle inutile, car ce dernier pouvait encore protéger le créancier à l'égard d'autres réclamants concurrents (par exemple, l'administrateur de l'insolvabilité du constituant). En outre, cette solution, a-t-on souligné, serait conforme à la règle selon laquelle les droits à compensation de la banque seraient prioritaires. Enfin, a-t-on déclaré, le créancier garanti ayant le contrôle pouvait toujours chercher à obtenir un accord de cession de rang auprès de la banque dépositaire.

70. Il a été noté au cours du débat que, d'après la recommandation 77, les droits à compensation de la banque l'emporteraient sur les droits d'un créancier garanti quelconque, à l'exception d'un créancier garanti ayant obtenu le contrôle en devenant son client. Après discussion, il a été convenu que, dans un souci de cohérence, cette exception devrait aussi figurer dans la recommandation 76.

71. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 76 quant au fond, étant entendu que le commentaire s'étendrait sur l'autre option et en examinerait les conséquences dans le sens indiqué ci-dessus (à propos d'une autre modification apportée à la recommandation 76, voir par. 86). En outre, sous réserve de faire référence à un créancier garanti ayant acquis le contrôle du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire en devenant client de la banque, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 77 quant au fond.

Sous réserve de parler du transfert des fonds et non du transfert du droit au paiement de ces fonds et de faire référence, non pas à la collusion, mais à la connaissance du fait que le transfert était contraire aux termes de la convention constitutive de sûreté, le Groupe de travail a également approuvé quant au fond la recommandation 78, qui était destinée à préserver la liberté de circulation des fonds dans le commerce.

Recommandations 106 *bis*, 107 et 108 (Réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

72. Sous réserve de préciser que le créancier garanti réaliserait le droit du constituant au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire (sauf s'il avait acquis le contrôle en devenant client de la banque), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 106 *bis* quant au fond. Sous réserve de parler du contrôle du droit au paiement des fonds et non du contrôle des fonds eux-mêmes, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 107 et 108 quant au fond.

Recommandation 139 (Loi applicable à une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

73. Des points de vue différents ont été exprimés au sujet des variantes présentées dans la recommandation 139. Selon l'un d'eux, c'était la loi de l'État dans lequel était située la succursale de la banque tenant le compte qui devait s'appliquer (variante B). On a dit que cette règle reflétait le lien universellement reconnu, dominant et caractéristique, entre les fonds déposés sur un compte bancaire et la banque dépositaire tenant ce compte, était conforme aux attentes de toutes les parties ayant l'intention de faire valoir une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, respectait le besoin de transparence et de prévisibilité dans les opérations garanties et, de ce fait, contribuait à la réalisation des objectifs du projet de guide. De plus, on a fait observer que le compte bancaire impliquait une relation bilatérale entre le client et la banque, et ne soulevait pas de problème de localisation des fonds crédités s'y trouvant en raison de l'harmonisation internationale des normes régissant la localisation et l'identification des comptes bancaires. En outre, il a été dit que la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ("la Convention de La Haye") n'était pas destinée à s'appliquer aux comptes bancaires ni même aux titres détenus directement. Par conséquent, la loi applicable aux sûretés sur des comptes bancaires devrait être différente de la loi applicable à des sûretés sur des comptes de titres.

74. De plus, il a été dit de la variante A qu'elle était incompatible avec la pratique bancaire établie, qu'elle allait à l'encontre de la transparence et de la prévisibilité en créant un piège pour les créanciers imprudents, qu'elle ignorait les règles fixées par les organismes de contrôle des activités bancaires et, de ce fait, pouvait susciter une forte opposition parmi les banques et leurs organismes de contrôle nationaux. De plus, on a fait observer que les tiers auraient beaucoup de difficulté à savoir quelle loi avait été choisie dans une convention de compte car les documents pertinents étaient généralement confidentiels. On a fait observer aussi que l'application de la loi de la convention de compte pourrait avoir des effets fortement préjudiciables sur la pratique bancaire, car les droits et obligations de la banque ou la réalisation se trouveraient alors soumis à une loi autre que la loi du lieu de situation de la banque.

Il a été dit aussi que l'autonomie des parties n'était pas appropriée dans le cas de questions de droit de propriété.

75. Selon un autre point de vue, la règle applicable aux titres selon la Convention de La Haye (c'est-à-dire la loi régissant le compte, sous réserve que la banque dépositaire ait un établissement dans l'État dont la loi régissait la convention de compte) était préférable, car les comptes bancaires et les comptes de titres étaient très similaires à de nombreux égards et leurs différences ne justifiaient pas qu'ils soient soumis à des lois différentes. De plus, on a fait observer qu'une telle approche conférerait sécurité et prévisibilité car les prêteurs s'attendraient à recevoir une copie de la convention de compte (ou même à obtenir un accord de contrôle) avant d'accorder un crédit sur la base d'un compte bancaire. Il a été dit en outre que la variante B serait source d'insécurité car il n'existait pas de système universellement acceptable pour localiser les comptes bancaires. Il a également été indiqué que l'application de la loi régissant le compte bancaire n'entraînerait pas de changements dans la pratique car les banques appliquaient déjà cette règle aux comptes de titres.

76. Il a aussi été dit que, quelle que soit la loi applicable aux comptes bancaires, elle n'affecterait pas la loi applicable aux questions réglementaires, fiscales, comptables ou pénales, qui continueraient d'être soumises à la loi du lieu de situation de la banque. On a également dit que le secret bancaire n'était pas un problème car les emprunteurs étaient disposés à donner aux prêteurs des copies des conventions de compte bancaire afin d'obtenir un crédit sur la base de ces conventions, et les prêteurs obtiendraient souvent un accord de contrôle avec le consentement de la banque dépositaire. On a fait observer en outre qu'une analyse fondée sur le principe de l'autonomie des parties n'était pas très utile, car la variante A renvoyait à des facteurs de rattachement objectifs et la variante B laissait en fin de compte aux parties une certaine liberté de choix quant au lieu de situation du compte.

77. Selon un autre point de vue encore, aucune des deux variantes n'était satisfaisante, car l'une comme l'autre aboutiraient à ce que le transfert d'un compte bancaire et une sûreté sur un compte bancaire soient soumis à des lois différentes. Un dernier point de vue a été que l'on pourrait faire référence, soit dans la variante A, soit dans la variante B, à la loi régissant l'accord de contrôle entre le constituant, le créancier garanti et la banque dépositaire. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de conserver les deux variantes.

Recommandation 140 (Opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens)

78. Rappelant son examen antérieur de la recommandation 140 (voir par. 61), le Groupe de travail a décidé que la référence aux documents négociables devrait être supprimée car la loi du lieu de situation du constituant ne s'appliquait pas aux sûretés sur ces documents.

E. Sûretés réelles mobilières sur des droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2)

1. Définitions

79. Sous réserve d'aligner la définition y) ("engagement de garantie indépendant") sur l'alinéa e) de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by en ce qui concerne la confirmation d'une lettre de crédit et la définition z) ("droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant") sur la pratique en matière d'engagements indépendants, tout en évitant d'employer des termes susceptibles de créer une confusion, le Groupe de travail a approuvé ces deux définitions quant au fond. Par ailleurs, il a approuvé quant au fond les définitions aa) ("garant/émetteur") et bb) ("personne désignée"), sous réserve d'examiner si la référence au confirmateur dans ces deux définitions était appropriée. Enfin, s'agissant de la définition z), il a été convenu que le bien faisant l'objet des recommandations sur la question était le droit au produit et non le produit même, qui lui prendrait la forme d'argent, de fonds sur des comptes bancaires ou une autre forme similaire et qui de ce fait serait soumis à d'autres recommandations du projet de guide. Il a également été convenu de supprimer le mot "tirage" de l'expression "droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant".

80. Au sujet de la définition hh), il a été convenu de l'aligner sur celle du terme "contrôle" du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, définition hh)). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la définition quant au fond. Il a été proposé que le commentaire de la partie générale du projet de guide apporte quelques précisions sur les questions de mandat, ce à quoi on a répondu que le projet de guide devrait se garder d'aborder d'autres domaines du droit où il existait de nombreuses divergences entre systèmes juridiques.

Recommandation 3 d) (Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés)

81. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà approuvé la recommandation 3 d) quant au fond (voir par. 14).

Recommandation 16 (Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou toute autre obligation)

82. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà approuvé la recommandation 16 quant au fond (voir par. 25).

Recommandation 25 (Constitution d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant)

83. Sous réserve de conserver le passage entre crochets en supprimant ceux-ci, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 25 quant au fond.

Recommandations 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater* (Droits et obligations du garant/émetteur ou de la personne désignée)

84. En ce qui concerne la recommandation 25 *bis*, le Groupe de travail est convenu de supprimer la référence au “cobénéficiaire”, car elle était déjà sous-entendue dans le terme “bénéficiaire”, et de mettre entre crochets les mots “tout auteur d’un transfert antérieur”, car il n’était pas certain qu’ils soient nécessaires. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater* quant au fond.

Recommandation 49 (Opposabilité d’une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant)

85. Sous réserve des modifications convenues lors de l’examen de la recommandation 16 (voir par. 18 à 25), le Groupe de travail a approuvé la recommandation 49 quant au fond.

Recommandation 62 (Priorité d’une sûreté grevant un droit de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant)

86. Il a été convenu d’expliquer dans le commentaire que, suivant les termes de l’acceptation, le garant/émetteur pourrait être tenu envers un créancier garanti accepté qui, dans un conflit de priorité, aurait un rang inférieur au créancier garanti ayant obtenu une acceptation en premier. Il a aussi été convenu d’insérer une règle similaire dans la recommandation 76 (voir par. 68 à 71) selon laquelle le classement des créanciers ayant obtenu un accord de contrôle sur le même compte bancaire serait déterminé en fonction de la date de conclusion de l’accord, tandis que, suivant les termes de l’accord, la banque dépositaire pourrait assumer une responsabilité envers le créancier garanti relégué à un rang inférieur dans un conflit de priorité. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 62 et 76 quant au fond.

Recommandation 106 (Réalisation d’une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant)

87. Il a été convenu qu’une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant devrait pouvoir être réalisée même avant défaillance si le créancier garanti et le constituant en convenaient ainsi. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 106 quant au fond.

Recommandations 138 et 138 *bis* (Loi applicable à une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d’un engagement de garantie indépendant)

88. Les recommandations 138 et 138 *bis* ont été appuyées. Selon un avis largement partagé, cependant, elles devraient être expliquées dans le commentaire, éventuellement à l’aide d’exemples. On a exprimé la crainte aussi que l’application de la recommandation 138 *bis*, qui serait plus fréquente que celle de la recommandation 138 étant donné que les engagements de garantie indépendants étaient généralement utilisés pour valoriser une créance de somme d’argent ou une autre obligation, ne pose problème dans l’hypothèse où un État n’aurait pas adopté dans sa législation les recommandations 16 et 49 sur la constitution et l’opposabilité

automatiques. Sous réserve de revoir la recommandation 138 *bis* pour répondre à cette préoccupation, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 138 et 138 *bis* quant au fond.

F. Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)

Objet

89. Le Groupe de travail a approuvé la section “objet” sans modification.

Recommandation 86 (Autonomie des parties)

90. Il a été convenu que la recommandation 86 énonçait un principe général et devait être insérée dans les dispositions générales du projet de guide.

Recommandation 87 (Règles supplétives)

91. Il a été convenu de remplacer les mots “prendre soin de” par les mots “préserver et protéger” à l’alinéa a). S’agissant de l’alinéa d), le Groupe de travail est convenu que l’extinction de la sûreté et la restitution du bien grevé (dans le cas d’une sûreté réelle mobilière avec dépossession) étaient subordonnées au complet paiement de l’obligation garantie ainsi qu’à la fin de tous les engagements de crédit. Il a aussi été convenu que la structure de la recommandation devrait être alignée sur celle du commentaire s’y rapportant (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4). À l’issue de sa discussion, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 87 quant au fond.

G. Chapitre VIII. Défaillance et réalisation (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)

Objet

92. Le Groupe de travail a approuvé la section “objet” sans modification.

Recommandation 88 (Application du présent chapitre aux transferts purs et simples de créances de sommes d’argent)

93. Le Groupe de travail a noté qu’il avait déjà approuvé la recommandation 88 quant au fond (voir par. 29).

Recommandations 89 (Règle générale de conduite) et 89 *bis* (Responsabilité pour non-respect des recommandations du présent chapitre)

94. Si, selon un avis, les recommandations 89 et 89 *bis* énonçaient des principes généraux et devaient être insérées dans la partie générale du projet de guide, il a été convenu de les maintenir dans le chapitre sur la réalisation jusqu’à ce que le Groupe de travail ait eu la possibilité d’étudier l’incidence de leur application aux autres chapitres du projet de guide. S’agissant du terme “bonne foi”, il a été dit qu’il constituait un critère subjectif de connaissance et qu’il faudrait le compléter par un critère objectif de “loyauté commerciale”. Cette proposition a suscité des objections. On a indiqué que cette question relevait du droit des obligations et non du droit des

biens et que, de ce fait, il était plus approprié de parler d'un comportement "commercialement raisonnable". À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 89 et 89 *bis* sans modification.

Recommandations 90 et 91 (Autonomie des parties)

95. Le Groupe de travail a examiné si la recommandation 90 devrait être insérée dans la partie générale du projet de guide et il est convenu de ne pas prendre de décision avant d'avoir soigneusement examiné toutes les recommandations. À l'issue de sa discussion, il a approuvé quant au fond les recommandations 90 et 91 sans modification.

Recommandation 92 (Droits et voies de droit après défaillance)

96. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la recommandation 92 sans modification.

Recommandations 93 (Voies de droit du créancier garanti) et 94 (Réalisation judiciaire et extrajudiciaire)

97. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 93 et 94 sans modification.

Recommandation 95 (Voies de droit du constituant)

98. Il a été proposé que le titre de la recommandation 95 soit modifié pour faire référence aux "droits du constituant" et que le verbe "peut" dans le chapeau soit remplacé par une formule plus forte du type "est en droit de". Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 95 quant au fond.

Recommandations 96 (Cumul des voies de droit) et 97 (Autres voies de droit)

99. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 96 et 97 sans modification et a noté que la recommandation 96, lue conjointement avec les recommandations 95 et 97, offrait au créancier garanti et au constituant différentes possibilités pour exercer leurs droits et voies de droit. Le créancier garanti avait notamment le droit de choisir le ou les biens qui feraient l'objet de la réalisation, de commencer à exercer une voie de droit et d'opter ensuite pour une autre, et de demander l'exécution de l'obligation garantie ou de réaliser la sûreté, ou les deux, jusqu'à complet paiement de l'obligation.

Recommandation 98 (Libération des biens grevés après complet paiement)

100. Sous réserve de mentionner la fin de tous les engagements de crédit, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 98 quant au fond.

Recommandation 99 (Notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire)

101. À l'issue de ses débats, le Groupe de travail a décidé de supprimer la recommandation 99 étant entendu qu'une référence à la notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire serait introduite, comme variante, dans la recommandation 101.

Recommandation 100 (Objections à la réalisation extrajudiciaire)

102. Le Groupe de travail a approuvé la recommandation 100 quant au fond et il est convenu que la deuxième phrase, en particulier, devrait être clairement expliquée dans le commentaire.

Recommandation 101 (Droit du créancier garanti de prendre possession d'un bien grevé)

103. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer deux variantes, l'une s'inspirant des deux premières phrases de la recommandation 101 et l'autre prévoyant une notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire. En outre, il a été convenu que le principe d'une procédure simplifiée devrait faire l'objet d'une recommandation qui s'appliquerait à l'ensemble des droits et des voies de droit prévus dans le chapitre sur la réalisation. Il a également été convenu d'examiner, dans le commentaire, l'avis de défaillance, qui était généralement traité dans le droit des obligations. Par ailleurs, il a été suggéré d'élargir la référence au recours à la force ou à la menace d'y recourir pour parler, d'une manière générale, des comportements illégaux ou abusifs.

Recommandations 102 à 109 (Réalisation des sûretés sur des créances de sommes d'argent, des instruments négociables, un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, un droit au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires et des documents négociables)

104. Le Groupe de travail a noté qu'il avait déjà approuvé quant au fond les recommandations 102 à 109 (voir par. 31, 48, 59, 72 et 87).

Recommandations 110 et 110 *bis* (Disposition des biens grevés)

105. À l'issue de ses débats, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 110 et 110 *bis* sans modification.

Recommandation 111 (Notification préalable concernant la disposition extrajudiciaire des biens grevés)

106. Sous réserve d'exiger expressément une notification de la disposition extrajudiciaire, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 111 quant au fond.

V. Travaux futurs

107. Selon un avis largement partagé, les droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, brevets ou marques) devenaient progressivement une source de crédit extrêmement importante et ne devaient pas être exclus d'un droit des opérations garanties moderne. À cet égard, il a été déclaré que les sûretés sur les droits de propriété intellectuelle étaient souvent une composante essentielle et utile des opérations de financement de matériel ou de stocks. Il a également été observé que les opérations de financement importantes dans lesquelles l'ensemble des biens d'un constituant commercial était grevé comprenaient habituellement des droits de propriété intellectuelle.

108. Le Groupe de travail a rappelé que les recommandations du projet de guide s'appliquaient, en règle générale, aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, recommandation 3 h)). Il a également rappelé que, étant donné que les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'avaient pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, le projet de guide recommandait aux États adoptants d'apporter, s'ils le souhaitaient, les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects.

109. Le Groupe de travail a noté qu'il était prévu que la Commission approuve dans le principe le contenu (c'est-à-dire le fond, non la forme) des recommandations du projet de guide à sa trente-neuvième session devant se tenir très prochainement (New York, 19 juin-7 juillet 2006). Il a été noté que la Commission débattrait des recommandations du projet de guide du 19 au 23 juin 2006, l'adoption du rapport sur cette partie de la session étant prévue pour le lundi 26 juin 2006 (voir A/CN.9/587, par. 53).

110. Le Groupe de travail a également noté que ses onzième et douzième sessions se tiendraient à Vienne, du 4 au 8 décembre 2006, et à New York, du 12 au 16 février 2007, respectivement, sous réserve de l'approbation de ces dates par la Commission à sa trente-neuvième session.

G. Note du Secrétariat sur les sûretés: projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa dixième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 8) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent . . . . . .

I. Définitions . . . . . .

II. Recommandations . . . . . .

Sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent

I. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 n) à v))

a) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations. Les références à une "sûreté réelle mobilière" dans le présent Guide désignent également le "droit d'un cessionnaire de créances de sommes d'argent".

d) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Les références au "créancier garanti" dans le présent Guide désignent également le "cessionnaire".

f) Le terme "constituant" désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne (voir "débiteur"). Les références au "constituant" dans le présent Guide désignent également le "cédant".

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la deuxième phrase dans les définitions des termes "sûreté réelle mobilière", "créancier garanti" et "constituant" est destinée à faire en sorte que les recommandations générales s'appliquent aux sûretés sur des créances de sommes d'argent et aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent, sauf indication contraire.*]

n) Le terme "créance" désigne le droit à l'exécution d'une obligation non monétaire autre qu'un droit sur des biens meubles corporels en vertu d'un document négociable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des règles spéciales limitées sont nécessaires pour les opérations dans lesquelles une "créance" est un bien grevé.*

Le terme "créance", tel qu'il est défini dans le chapitre sur la terminologie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 n)), désigne "le droit à l'exécution d'une obligation non monétaire autre qu'un droit sur des biens meubles corporels en vertu d'un document négociable". Par exemple, si un constituant a conclu avec une autre partie un contrat aux termes duquel cette dernière (le "débiteur") a accepté de lui transférer des biens meubles corporels ou de lui fournir un service, le droit du constituant à l'exécution par l'autre partie de son obligation est une "créance". Cette définition n'inclut pas les droits accordés par une autorité ou une partie privée qui n'a pas d'obligation d'exécution au regard de ces droits, comme dans le cas d'une licence de vente de boissons alcoolisées délivrée par les pouvoirs publics. Rien n'indique clairement en revanche si elle englobe d'autres droits, comme le droit d'un franchisé, dans un contrat de franchise, où le franchiseur n'est tenu de l'exécution d'aucune obligation positive envers le franchisé (mais a accepté de ne pas le poursuivre pour l'utilisation de son nom), ou le droit d'un titulaire d'une licence de propriété intellectuelle envers lequel le donneur de licence n'est tenu d'exécuter aucune obligation positive non plus. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, au vu de la discussion ci-après sur les questions relatives aux sûretés grevant des "créances" qui pourraient nécessiter des règles spéciales, la définition du terme "créance" devrait inclure les droits pour lesquels la seule obligation d'exécution est l'abstention de toute action (comme dans le cas de la franchise ou de la licence) ou pour lesquels aucune obligation d'exécution quelconque n'est due au constituant (comme pour une licence de vente de boissons alcoolisées délivrée par les pouvoirs publics).

Afin de déterminer si des règles spéciales sont nécessaires pour les sûretés sur les créances, les règles régissant les points suivants doivent être examinées: i) la constitution d'une sûreté sur la créance, ii) les démarches nécessaires pour rendre cette sûreté opposable, iii) la priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents, iv) la réalisation de la sûreté à l'encontre du constituant et des autres parties pouvant avoir un droit sur la créance provenant du constituant, et v) le droit du créancier garanti, ou d'une partie à laquelle la créance a été transférée par un acte de disposition dans le cadre des procédures de réalisation, de réaliser la créance à l'encontre du débiteur. En ce qui concerne le point v), il faut également examiner la source du droit matériel régissant les droits et obligations du débiteur par rapport au créancier garanti ou à l'autre partie qui procède à la réalisation. Pour toutes ces questions, les règles de conflit de lois qui déterminent l'État dont la loi est applicable doivent également être prises en compte.

Il semblerait que les recommandations actuelles du projet de guide qui portent sur les sûretés grevant d'autres biens meubles incorporels soient suffisantes pour régir les quatre premiers points ci-dessus.

Réponse au cinquième point: le droit du créancier garanti de réaliser la créance à l'encontre du débiteur dépend probablement, pour partie, de savoir si en vertu d'une autre loi la créance est cessible (ou peut être réalisée par un cessionnaire). Les limitations à la cession d'une créance (ou à sa réalisation par un cessionnaire) peuvent provenir de restrictions dans un contrat entre le débiteur de la créance et le créancier/constituant qui a force obligatoire en vertu de la loi applicable ou naître directement d'une règle de droit qui limite la cession de certaines créances, même en l'absence d'interdiction contractuelle. Il faut noter à cet égard que dans certains cas ces règles de droit protègent le débiteur alors que

dans d'autres elles protègent le créancier. Bien que le projet de guide recommande de limiter l'efficacité de certaines dispositions contractuelles d'incessibilité en ce qui concerne les créances de sommes d'argent, le Groupe de travail pourrait conclure que les raisons économiques qui justifient ces dispositions n'existent pas lorsque l'obligation du débiteur n'est pas monétaire et que, en conséquence, la capacité du créancier garanti de réaliser une créance directement à l'encontre du débiteur pourrait être limitée par contrat.

En ce qui concerne la source de droit matériel qui régit le cinquième point, le Groupe de travail souhaitera peut-être conclure que, comme dans le cas des sûretés sur d'autres types de biens meubles consistant en une créance sur un tiers (par exemple les créances de sommes d'argent et les instruments négociables), le corps de règles juridiques qui régit la créance détermine la nature des obligations du débiteur (et la mesure dans laquelle les dispositions contractuelles d'incessibilité ou les autres règles juridiques d'incessibilité sont applicables).

En ce qui concerne les règles de conflit de lois, les recommandations dans le chapitre sur ce sujet semblent bien adaptées pour traiter les quatre premiers points énumérés ci-dessus. Quant au cinquième point, le Groupe de travail souhaitera peut-être conclure que la loi qui devrait s'appliquer est celle de l'État qui régit la créance.]

o) Le terme "créance de somme d'argent" désigne le droit au paiement d'une obligation monétaire, à l'exclusion toutefois des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et de l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la définition de la "créance de somme d'argent" dans le projet de guide est plus large que celle de la "créance" dans l'article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession en ce qu'elle recouvre même les créances extracontractuelles, comme les créances nées par l'effet de la loi (par exemple, les créances indemnitaires, les créances nées dans le contexte de l'enrichissement sans cause ou les créances fiscales) ou les créances confirmées par des décisions judiciaires ou des sentences arbitrales (à moins qu'elles soient incorporées dans un accord réglant le litige). Le Groupe de travail souhaitera peut-être limiter la définition de la "créance de somme d'argent" dans le projet de guide aux créances contractuelles ou examiner si les recommandations du présent document devraient également s'appliquer, avec les modifications nécessaires, aux créances extracontractuelles.*]

p) Le terme "cession" désigne la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance de somme d'argent ou le transfert pur et simple d'une créance de somme d'argent.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la constitution d'une sûreté sur une créance de somme d'argent comprend aussi le transfert pur et simple de la créance en garantie, transfert qui est traité dans le projet de guide comme une sûreté.*]

q) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance de somme d’argent.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession*.]

r) Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance de somme d’argent est cédée.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession*.]

s) Le terme “cession subséquente” désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 2 b) de la Convention des Nations Unies sur la cession*.]

t) Le terme “débiteur en compte” désigne une personne tenue de payer une créance de somme d’argent.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le terme “débiteur en compte” inclut un “garant” étant donné qu’une garantie accessoire est une créance de somme d’argent*.]

u) Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances de sommes d’argent cédées et le cessionnaire.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 5 d) de la Convention des Nations Unies sur la cession. Selon les recommandations 11 et 12 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), un “écrit” comprend les communications électroniques et la “signature” comprend la signature électronique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d’inclure les recommandations 11 et 12 dans les définitions*.]

v) Le terme “contrat initial” désigne, dans le contexte d’une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur en compte d’où naît la créance de somme d’argent cédée.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Article 5 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession*.]

II. Recommandations

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 3 d) et f))

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu’elle s’applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d’argent, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le

produit du tirage d'engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle;

...

f) En général, aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, étant donné que la définition du terme "créance de somme d'argent" au paragraphe 21 o) du document A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, la recommandation 3 f) ne s'applique pas au transfert pur et simple d'un instrument négociable, d'un engagement de garantie indépendant ou d'un droit à paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (toutefois, les recommandations s'appliquent aux transferts de ces biens à titre de garantie car ils sont traités comme des opérations garanties; par exemple, le transfert à titre de garantie d'un droit à paiement de fonds sur un compte bancaire est considéré comme un mode de prise de contrôle; voir la définition du terme "contrôle" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le transfert pur et simple d'un instrument négociable devrait être inclus dans le champ d'application du projet de guide.*

Plusieurs raisons justifient l'inclusion de ce type de transfert. Tout d'abord, l'établissement de règles claires pour la constitution, l'opposabilité et la priorité du transfert pur et simple d'un instrument négociable pourrait faciliter les opérations de financement, les titrisations et les ventes de participations à des prêts qui impliquent le transfert pur et simple d'instruments négociables. Ensuite, comme le transfert pur et simple de créances de sommes d'argent entre déjà dans le champ d'application du projet de guide, il serait logique d'étendre ce dernier aux droits à paiement qui auraient été des créances de sommes d'argent s'ils n'avaient pas été attestés par des instruments négociables.

Toutefois, il existe également des raisons de ne pas inclure les transferts purs et simples d'instruments négociables dans le champ d'application du projet de guide. La principale en est que les difficultés liées à l'ajout de règles traitant de ces transferts dans le projet risquent de l'emporter sur les avantages. Ces derniers ne seront probablement pas significatifs pour les États qui ont déjà une loi claire dans ce domaine. Plus les États satisfaits de leur législation actuelle sur ce sujet sont nombreux, moins l'inclusion de ces transferts dans le projet de guide sera avantageuse. De plus, le volume des opérations de financement reposant effectivement sur le transfert pur et simple d'instruments négociables et la nécessité de conférer au bénéficiaire du transfert des droits suffisants dans une loi autre que celle régissant les instruments négociables pour le protéger peuvent varier d'un pays à l'autre.

L'inclusion des transferts purs et simples d'instruments négociables poserait de nombreuses difficultés. Le Groupe de travail aurait à examiner l'ensemble du projet de guide afin de déterminer les règles spéciales qui devront être ajoutées sur des questions comme la constitution, l'opposabilité et la priorité. En traitant la question de l'opposabilité, il aurait à examiner si, pour que le transfert soit opposable, l'acheteur doit prendre possession de l'instrument ou inscrire dans le registre général des sûretés un avis de transfert, ou si l'opposabilité est assurée automatiquement dès la constitution. Les parties qui octroient des crédits garantis par des sûretés sur des instruments négociables sont susceptibles de préférer une règle d'opposabilité par possession/inscription, alors que les parties qui achètent des instruments négociables en bloc et les acheteurs et vendeurs habituels de prêts et de participations à des prêts peuvent préférer une règle d'opposabilité automatique.

Une dernière raison d'exclure les transferts purs et simples d'instruments négociables est que, d'un point de vue technique, ces transferts relèvent plus du droit de la vente que du droit des opérations garanties. Si le projet de guide s'applique aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent, il le fait en grande partie pour protéger la confiance dans le système d'enregistrement, qui ne serait guère utile pour établir les priorités aux fins du financement de créances si ces transferts n'étaient pas soumis à l'obligation d'inscription. Le transfert pur et simple d'un instrument négociable ne posera peut-être pas les mêmes problèmes puisque le prêteur ou l'acheteur auraient généralement la possibilité de devenir prioritaires en vertu de la recommandation 74 b) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4) en prenant possession de l'instrument.

Même si le Groupe de travail décide que les transferts d'instruments négociables devraient, d'une manière générale, être inclus dans le champ d'application du projet de guide, il voudra peut-être néanmoins examiner si certaines exclusions sont souhaitables. Par exemple, il pourrait être raisonnable d'exclure les transferts de chèques, même si les transferts d'autres instruments négociables sont inclus. Les opérations de financement qui comportent des transferts de chèques sont probablement bien moins fréquentes, et devraient sans doute le rester, que les opérations de financement reposant sur des transferts d'autres instruments négociables.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des créances de sommes d'argent (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 13, 14 et 15)

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

13. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures, les obligations conditionnelles et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également spécifier qu'une telle sûreté peut être octroyée sur tous les types de biens, y compris des fractions de biens, des droits indivis sur des biens et des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne peut pas encore disposer ou qui n'existent pas encore au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, ainsi que sur le produit. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement décrites dans la loi.

Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances de sommes d'argent futures, de fractions de créances de sommes d'argent ou d'un droit indivis sur des créances de sommes d'argent

14. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur en compte à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

b) Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le Groupe de travail voudra peut être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales s'appliquent sauf si elles sont modifiées par des recommandations relatives à des biens particuliers*.]

Efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité

15. La loi devrait prévoir que:

a) Une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur en compte nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur en compte ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances de sommes d'argent;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 15 a) prive d'effet uniquement une convention entre un débiteur et un créancier qui limite le droit de ce dernier de céder une créance de somme d'argent que lui doit le débiteur. Si une telle créance est cédée, le débiteur est le "débiteur en compte" et le créancier est le "cédant"*.

Par exemple, si une convention pour la location de biens meubles corporels limite le droit du bailleur de céder les loyers qui lui sont dus en vertu du bail, la recommandation 15 a) prive d'effet cette restriction car la convention est passée entre le débiteur (le preneur) et le créancier (le bailleur) de la créance de somme d'argent (le loyer dû en vertu de la convention). À l'inverse, si la convention de location entre le bailleur et le preneur limite le droit de ce dernier de céder une créance de somme d'argent prenant la forme de loyers qui lui sont dus par le sous-locataire en vertu d'un contrat de sous-location, la recommandation 15 a) ne s'applique pas et aucune disposition du présent Guide ne prive d'effet la restriction. Il en est ainsi parce que la convention limitant le droit du preneur de céder sa créance sur les loyers qui lui sont dus par le sous-locataire dans le cadre de la sous-location n'est pas une convention entre le preneur (bailleur et créancier dans une sous-location) et le sous-locataire (débiteur dans la sous-location). La question de savoir si la restriction dans le contrat de location peut être opposée au preneur serait tranchée par une loi autre que celle recommandée dans le présent Guide.

La même analyse serait valable si la restriction au transfert était contenue dans une licence de propriété intellectuelle. La recommandation 15 a) priverait d'effet une clause du contrat de licence qui empêcherait le donneur de licence de céder les redevances dues par le titulaire de la licence. Toutefois, elle ne priverait pas d'effet une clause du contrat de licence empêchant ce dernier de céder les redevances d'une sous-licence. L'efficacité ou non de cette dernière clause serait déterminée par une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide.]

b) Si une autre loi impose une obligation ou responsabilité quelconque au cédant pour la violation d'une telle convention, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naissent les créances cédées ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

[c) La présente recommandation s'applique uniquement aux cessions de créances de sommes d'argent:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la "résolution" du contrat mentionnée à l'alinéa b) signifie le fait de mettre fin au contrat d'une manière générale.*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou toute autre obligation (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2)

16. La loi devrait prévoir que dès qu'une sûreté est constituée sur une créance de somme d'argent, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté est créée automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, sur toute sûreté personnelle ou réelle donnée en garantie du paiement ou de l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation. Si, en vertu de la loi qui régit une sûreté garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté sur cette sûreté ne peut être constituée que par un acte séparé, le constituant est tenu d'accomplir cet acte. Lorsqu'un engagement indépendant garantit le paiement ou l'exécution d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou de toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté sur le droit de

recevoir le produit du tirage d'un tel engagement est constituée sans acte séparé de la part du constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la deuxième phrase de la recommandation 16 se réfère à la "loi qui régit une sûreté". La loi recommandée dans le projet de guide pourrait être cette loi nationale. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également noter que la deuxième phrase de la recommandation, qui se base sur la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession, se réfère à un droit indépendant afin de préserver les intérêts du débiteur d'un tel droit, par exemple un engagement de garantie indépendant (voir le commentaire analytique sur le projet de convention, A/CN.9/489, par. 105). Une loi nationale, comme la loi recommandée dans le projet de guide, permettrait probablement d'atteindre ce résultat plus efficacement, avec une formule du type: "La présente recommandation ne fait pas naître de sûreté sur un droit indépendant, tel qu'un engagement de garantie indépendant, et n'a pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur d'un droit indépendant, tel que le garant/émetteur d'un engagement de garantie indépendant ou la personne qui y est désignée." Si le Groupe de travail adopte ce libellé, la deuxième phrase de la recommandation 16 pourrait être supprimée. La troisième phrase de la recommandation, qui sert à exclure de la deuxième phrase les droits de recevoir paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant, pourrait également être supprimée.*

Les opérations de financement qui relèvent de la première phrase de la recommandation 16 seraient ainsi facilitées. Ces opérations comprennent les titrisations de portefeuilles de prêts garantis par des sûretés réelles mobilières ou immobilières. Dans de tels cas, l'acheteur des prêts voudra pouvoir compter sur les sûretés garantissant les prêts mais sans avoir à supporter, dès l'achat, la dépense supplémentaire d'un acte de transfert séparé (si une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide exige un tel acte) pour chaque prêt du portefeuille, qui pourrait en contenir des centaines ou des milliers. Des actes de transfert séparés seraient éventuellement nécessaires (si l'autre loi l'exige) uniquement pour le recouvrement des prêts non remboursés par la suite, lesquels représentent généralement une petite partie des prêts du portefeuille. L'acheteur pourrait décider d'accepter le coût de ces actes de transfert lors du recouvrement, qu'il soit effectué volontairement par le vendeur ou avec l'assistance d'une juridiction. Cependant, pour décider de l'achat ou non des prêts et de leur prix, l'acheteur tiendrait compte du coût des actes de transfert séparés uniquement pour la petite partie des prêts dont il prévoit qu'ils ne seront pas remboursés mais non pour l'ensemble des prêts du portefeuille. L'acheteur réduisant ainsi ses dépenses, le vendeur devrait être en mesure d'obtenir un prix de vente plus élevé, ce qui augmenterait les fonds à sa disposition.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si: i) la recommandation 16 s'applique aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent (mais pas d'instruments négociables ou d'autres obligations puisque le projet de Guide ne s'applique, d'une manière générale, qu'aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent), étant donné que, même dans ce cas, les sûretés garantissant le paiement des créances devraient suivre; et ii) si la recommandation 16 devrait être complétée par des recommandations s'inspirant des

paragraphes 2 à 6 de l'article 10 de la Convention (pour les paragraphes 2 à 4, voir recommandation 15 ci-dessus; pour les paragraphes 5 et 6 voir ci-dessous).

"La constitution d'une sûreté [ou le transfert pur et simple d'] une sûreté réelle avec dépossession au titre du paragraphe 1 de la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur en compte ou la personne ayant constitué la sûreté sur le bien concerné en vertu de la loi régissant cette sûreté."

D'après ce libellé, si la constitution d'une sûreté sur une sûreté, ou le transfert d'une sûreté, implique la remise de la possession d'un bien et si cette remise cause une perte ou un préjudice au débiteur en compte ou à la personne ayant constitué ladite sûreté, la responsabilité qui peut être encourue en vertu de la loi applicable en dehors de celle recommandée dans le projet de guide reste la même. Une telle situation peut se produire, par exemple, lors la remise de la possession d'un bien meuble corporel de valeur si le créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert endommage ou perd ce bien.

"La présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences de la loi autre que la présente loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté sur [ou du transfert pur et simple de] toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée, de l'instrument négociable ou de toute autre obligation."

Dans ce libellé, il est clair que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien n'entrant pas dans le champ d'application de la présente loi (par exemple, un immeuble) relève d'une autre loi. En conséquence, un document authentique et une inscription peuvent être nécessaires pour que la personne à laquelle est transférée une hypothèque obtienne différentes prérogatives en vertu du droit immobilier, comme celui de faire exécuter l'hypothèque.]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire avant défaillance

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être insérer des recommandations sur les droits et obligations du cédant et du cessionnaire dans le chapitre sur les droits et obligations des parties avant défaillance. Ces recommandations pourraient se fonder sur les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

16 *bis* La loi devrait prévoir que:

a) Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux[;

c) Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés aux fins de la cession à tout

usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à ce type particulier de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de créances.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'alinéa c) pourrait convenir dans une loi nationale. Si cet alinéa devait être inclus, le terme "cession internationale" pourrait avoir à être défini.*]

Garanties dues par le cédant

16 *ter.* La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur en compte ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation.

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur en compte peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur en compte

16 *quater.* La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur en compte une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 19 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

16 *quinquies.* La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée;

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

Droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 17 à 23)

Principe de protection du débiteur en compte

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations 17 à 23 se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession*.]

17. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur en compte n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur en compte doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur en compte est situé.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'alinéa b) ii) devrait faire référence au "lieu" plutôt qu'à l'"État" de façon à empêcher un changement du lieu de paiement, y compris dans le même État. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également noter que les références au "contrat initial" devraient être modifiées s'il décide que ces recommandations devraient s'appliquer également aux créances de sommes d'argent non contractuelles (voir la note qui suit la définition du terme "créance de somme d'argent" ci-dessus)*.]

Notification de la cession au débiteur en compte

18. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur en compte, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial; et

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification et la notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur en compte

19. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur en compte est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur en compte est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu;

h) La présente recommandation n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en compte à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur en compte

20. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur en compte une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et

tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur en compte peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession;

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur en compte peut, en vertu des recommandations 15 et 16, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur en compte contre le cessionnaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, conformément à la recommandation 3 a) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), le projet de guide s'applique aux consommateurs sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs*.]

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

21. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur en compte peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 20. Une telle convention empêche le débiteur en compte d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur en compte ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité;

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur en compte. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 22.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 21 se fonde sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui mentionne un écrit signé uniquement pour l'acte de renonciation au droit d'opposer des exceptions ou sa modification. Si le Groupe de travail décide de ne pas mentionner la signature dans la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21) mais plutôt les éléments prouvant que le constituant avait l'intention de constituer une sûreté, il souhaitera peut-être reconsidérer la mention de la signature dans la recommandation 21. Si la référence à la signature est conservée dans la recommandation 8, une signature électronique devrait être suffisante (voir note à la suite de la définition u)*.]

Modification du contrat initial

22. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur en compte qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur en compte qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat;

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

23. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur en compte à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 23 n'a pas d'incidences sur la responsabilité du cédant envers le débiteur en compte pour violation de contrat*.]

Opposabilité d'une sûreté sur des créances de sommes d'argent (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 37)

37. La loi devrait prévoir que le droit d'un cessionnaire découlant d'une cession pure et simple de créances de sommes d'argent devient opposable par inscription d'un avis concernant ce droit sur le registre général des sûretés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se rappellera qu'à sa neuvième session il a décidé que le texte de la recommandation 37 devrait être inséré dans le commentaire car il répète la règle générale de l'opposabilité (voir A/CN.9/593, par. 18)*.]

Priorité des sûretés sur des créances de sommes d'argent (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandations 80 et 81)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent aux sûretés sur des créances de sommes d'argent ainsi qu'aux transferts purs et simples de ces créances*.]

Réalisation d'une sûreté sur des créances de sommes d'argent (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recommandations 88, 102 et 103)

Application du présent chapitre aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent

88. La loi devrait prévoir que le présent chapitre s'applique à l'exercice de ses droits par le bénéficiaire d'un transfert pur et simple de créances de sommes d'argent, uniquement dans la mesure où, conformément aux conditions de ce transfert, il est possible de se retourner contre l'auteur du transfert en cas de défaut de paiement du débiteur en compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 88 vise à bien préciser que, si le Guide s'applique de façon générale aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent, ce chapitre ne s'applique à ces transferts que s'il est possible de se retourner contre l'auteur du transfert*.]

Recouvrement de créances de sommes d'argent

102. Lorsqu'une créance de somme d'argent est un bien grevé, la loi devrait prévoir qu'après ou avant défaillance, avec l'accord du cédant, le créancier garanti peut recouvrer ou réaliser d'une autre manière cette créance.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti a aussi la possibilité de choisir de disposer d'une créance de somme d'argent, ou de la conserver, conformément aux recommandations 93 d), e), 110 et 113 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1). Le commentaire expliquera également que le cessionnaire peut envoyer une notification et une instruction de paiement, même en violation d'une convention avec le cédant (voir rec. 16* quater bis *ci-dessus*).]

103. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance de somme d'argent l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire discutera de la manière dont d'autres recommandations du chapitre sur la réalisation sont susceptibles de s'appliquer à la réalisation d'une sûreté garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent cédée*.]

Loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des biens meubles incorporels (A/CN.9/WG.VI/WP.24)

137. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant. [Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur des biens meubles incorporels qui sont soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où [...].]

[137 *bis*. La loi devrait prévoir que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la constitution d'une sûreté sur une créance de somme d'argent née de la vente ou de la location d'un immeuble, ou d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble, l'opposabilité de cette sûreté et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents. Toutefois, un conflit de priorité avec les droits d'un tiers concurrent inscrits dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble est régi par la loi de cet État.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'ajouter une nouvelle recommandation s'inspirant de la recommandation 137* bis, *qui traite de la loi applicable aux cessions de créances de sommes d'argent dues au constituant en vertu d'une convention de vente ou de location d'un immeuble ou en vertu d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble. Dans un certain nombre d'États, il n'est pas possible de constituer de droits sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, en conséquence de quoi l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur les créances sont régies par la loi (et, en particulier, le régime du registre) qui s'applique à l'immeuble concerné. Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, mais le créancier garanti a un rang inférieur à celui des tiers qui ont inscrit un droit sur l'immeuble concerné dans le registre immobilier. La deuxième phrase de la recommandation 137* bis *est destinée à préserver l'application de la loi de l'État dans lequel l'immeuble concerné est situé afin de protéger les tiers qui se fient à l'inscription sur le registre immobilier de cet État. Il est fait référence aux droits d'un tiers concurrent puisque le terme "réclamant concurrent" est défini par rapport aux sûretés sur des biens meubles. Il est également fait référence aux "droits" de ces tiers, étant donné que ces tiers pourraient être non seulement des créanciers hypothécaires, mais également des cessionnaires ou des acquéreurs de l'immeuble ou du bien meuble incorporel concerné et, en fait, toute catégorie de tiers pour lesquels la réglementation relative aux immeubles prévoit une inscription. De plus, il est fait référence à un droit "inscrit dans le registre immobilier" et non "rendu opposable par inscription" étant donné que: i) certains registres immobiliers ne distinguent pas l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers, et ii) les registres immobiliers n'imposent pas nécessairement une inscription pour rendre le droit généralement opposable mais uniquement pour le rendre opposable aux tiers dont les droits peuvent également être inscrits dans le registre (par exemple, l'inscription peut ne pas être nécessaire pour l'opposabilité à l'encontre d'un administrateur de l'insolvabilité ou d'un créancier judiciaire).*]

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire, du tiré d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti

147. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou un document négociable sur lesquels une sûreté a été constituée:

a) Les rapports entre un débiteur en compte et un cessionnaire de la créance de somme d'argent, entre le tiré d'un instrument négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur cet instrument, ou entre un émetteur d'un document négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance de somme d'argent, le transfert de l'instrument négociable ou le transfert du document négociable peuvent être opposés au débiteur en compte, au tiré de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur en compte, le tiré de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur une créance de somme d'argent (A/CN.9/WG.VI/WP.24); et ii) que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des créances de sommes d'argent*.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1

Sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires: définitions et recommandations

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires . . . . . .

I. Définitions . . . . . .

II. Recommandations . . . . . .

Sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires

I. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 o), cc) et hh))

o) Le terme “créance de somme d’argent” désigne le droit au paiement d’une obligation monétaire, à l’exclusion toutefois des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l’obligation de payer en vertu d’un engagement de garantie indépendant et de l’obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le bien grevé est décrit comme le “droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire” et non comme le compte bancaire lui-même. On pourrait donc inclure la définition du “compte bancaire” dans le commentaire. Ce dernier comprendra également une description des institutions désignées sous le terme “banque”. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ce terme devrait recouvrir toutes les institutions agréées en tant que banque conformément à la législation de l’État adoptant, lesquelles peuvent être notamment des institutions de paiement, des systèmes de paiement, de compensation (clearing) et de règlement gérant des comptes d’espèces et des banques centrales. Il voudra peut-être noter que le commentaire d’une précédente version des recommandations relatives aux comptes bancaires figure dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1.*]

[cc) Le terme “compte bancaire” désigne un compte tenu par une banque, sur lequel des fonds peuvent être déposés. Il inclut les comptes chèques, les comptes d’épargne et les dépôts à terme.]

Définition du terme “contrôle” (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, note à l’intention du Groupe de travail à la suite de la recommandation 43)

hh) Un créancier garanti a le ‘contrôle’ de fonds crédités sur un compte bancaire: i) automatiquement dès la constitution d’une sûreté lorsqu’il est la banque dépositaire; ii) lorsque la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec lui un accord de contrôle dans lequel elle est convenue de suivre ses instructions concernant le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou iii) lorsque le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire lui est transféré.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera: i) qu’il n’y a pas d’obligation pour une banque dépositaire de conclure un accord de contrôle; ii) que les droits d’un créancier garanti sont soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire; iii) qu’un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu’à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d’autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l’accord).*]

II. Recommandations

Champ d’application

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 3 d))

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu’elle s’applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d’argent, les instruments négociables (tels que les chèques, les lettres de change et les billets à ordre), les documents négociables (tels que les connaissements), les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le produit du tirage d’engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle;

Constitution d’une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 26)

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), une sûreté sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti.*]

26. La loi devrait prévoir qu’une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet entre le créancier garanti et le constituant nonobstant toute convention entre ce dernier et la banque dépositaire limitant d’une quelconque

manière le droit du constituant de créer une sûreté sur son droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire. En revanche, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée sans son consentement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire de la recommandation 3 a) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21) précisera que les États adoptants pourront tenir compte, s'ils le souhaitent, des éventuelles incidences que les recommandations du présent Guide pourraient avoir sur la législation relative à la protection des consommateurs.*]

Droits et obligations de la banque dépositaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, note à l'intention du Groupe de travail à la suite de la recommandation 43)

X. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire sans son consentement; et

b) Les droits à compensation (set-off) de la banque dépositaire [ne sont pas lésés en raison des] [sont distincts des] sûretés qu'elle peut détenir sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations X et Y sont complétées par les recommandations 76, 77 (dans la mesure où il y a conflit de priorités entre une sûreté ou un droit à compensation de la banque dépositaire et la sûreté d'une autre personne) et 106* bis*, 107 et 108 (réalisation à l'encontre de la banque dépositaire).*

Le commentaire expliquera également que la recommandation X b) ne traite pas du conflit de priorités, mais de la situation où la banque dépositaire elle-même a à la fois un droit à compensation et une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Dans ce cas, selon cette recommandation, les droits à compensation de la banque ne sont ni lésés ni inclus dans sa sûreté (ils en restent distincts).]

Y. La loi devrait prévoir qu'aucune disposition des présentes recommandations n'oblige une banque dépositaire:

a) À payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire; ou

b) À répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté existe en sa faveur et si le constituant a conservé le droit de disposer des fonds crédités sur le compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation Y n'a aucune incidence sur la relation entre la banque et son client ou sur les droits et obligations découlant d'autres lois régissant les comptes bancaires (par exemple en ce qui concerne le blanchiment d'argent ou le secret bancaire).*]

Opposabilité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandations 42 et 43)

43. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est également opposable si le créancier garanti obtient le contrôle de ces fonds.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, selon la recommandation 35 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3), une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut également devenir opposable aux tiers par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés.*]

Priorité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandations 76 à 78)

76. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui a été rendue opposable par prise de contrôle a priorité sur une sûreté grevant ce même droit rendue opposable par toute autre méthode. Si la banque dépositaire est le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté (y compris sur une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une sûreté de la banque dépositaire est toujours prioritaire, même par rapport à une sûreté pour laquelle la banque a conclu antérieurement un accord de contrôle, et ce, pour les raisons suivantes: i) une sûreté de la banque dépositaire devrait avoir le même rang de priorité que son droit à compensation, qui lui est toujours prioritaire; ii) si la sûreté de la banque dépositaire n'était pas prioritaire, la banque ne conclurait aucun accord de contrôle; iii) un créancier garanti pourrait toujours tenter d'obtenir de la banque dépositaire un accord de cession de rang.*]

77. La loi devrait prévoir que tout droit de la banque dépositaire d'effectuer une compensation (set-off) entre le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les obligations dont le constituant lui est redevable a priorité sur la sûreté de tout créancier garanti autre qu'un créancier garanti ayant acquis le contrôle des fonds crédités sur le compte bancaire en devenant bénéficiaire du transfert du droit au paiement de ces fonds.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que ces recommandations relatives aux questions de priorité signifient que les tiers sont censés savoir qu'ils ne peuvent s'en remettre à un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comme source principale de sûreté pour octroyer un crédit ou qu'ils ne peuvent le faire qu'en obtenant un accord de cession de rang de la banque dépositaire ou en faisant inscrire le compte à leur nom. L'absence de publicité de la sûreté n'est donc pas jugée problématique.*

Le commentaire expliquera également que, à la différence de la recommandation X b), la recommandation 77 traite des conflits de priorité entre les droits à compensation de la banque dépositaire et les sûretés des autres personnes,

et qu'elle ne crée aucun droit à compensation, question qui reste régie par d'autres lois.]

78. Lorsque le constituant transfère le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la loi devrait prévoir que le bénéficiaire de ce transfert prend ce droit libre de toute sûreté, sauf s'il agit en collusion avec le constituant pour priver le créancier garanti de sa sûreté sur le droit. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des bénéficiaires d'un transfert de droits au paiement de fonds provenant de comptes bancaires prévus dans une loi autre que la présente loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales relatives aux questions de priorité s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, sous réserve des recommandations 76 à 78.*]

Réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recommandations 106 *bis*, 107 et 108)

106 *bis*. La loi devrait prévoir qu'après ou avant défaillance, avec le consentement du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut, sous réserve des recommandations X et Y, obtenir paiement au titre de son droit ou exercer son droit d'une autre manière.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la référence faite aux recommandations X et Y vise à compléter les recommandations 76 et 77.*]

107. La loi devrait prévoir qu'après ou avant défaillance, avec le consentement du constituant, un créancier garanti qui contrôle les fonds crédités sur un compte bancaire a le droit de réaliser sa sûreté sans avoir à recourir à un tribunal ou à une autre autorité.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, à la différence d'un créancier garanti devant recouvrer les fonds pour les affecter au paiement de l'obligation garantie conformément à la recommandation 116 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1), une banque dépositaire ayant qualité de créancier garanti peut affecter les fonds directement à l'obligation garantie. Le commentaire expliquera également que la réalisation des droits à compensation de la banque reste assujettie à d'autres lois.*]

108. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui ne contrôle pas les fonds crédités sur un compte bancaire ne peut obtenir paiement au titre de la sûreté ou réaliser la sûreté d'une autre manière contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque dépositaire n'en convienne autrement.

Loi applicable à une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 139)

139. Sauf disposition contraire dans la recommandation 140, la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants

concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté et sa réalisation sont régis:

Variante A

par la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. La loi devrait aussi spécifier que, si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: La variante A est une version abrégée de la règle énoncée aux articles 4-1 et 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ("Convention de La Haye"). Les règles de rattachement subsidiaire détaillées de l'article 5 de la Convention de La Haye seront incluses dans le commentaire avec des explications suffisantes.*]

Variante B

par la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. En cas d'établissements multiples, il est fait référence au lieu où se trouve la succursale qui tient le compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la variante B devrait traiter des méthodes pour identifier la succursale qui tient un compte.*

Le Groupe de travail voudra peut-être également noter que le commentaire expliquera que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales figurant au chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2

Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables: définitions et recommandations

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables . . . . . .
I. Définitions . . . . . .
II. Recommandations . . . . . .

Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables

I. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 i), o) et w))

i) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, ainsi que les instruments et documents négociables.

o) Le terme “créance de somme d’argent” désigne le droit au paiement d’une obligation monétaire, à l’exclusion toutefois des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l’obligation de payer en vertu d’un engagement de garantie indépendant et de l’obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire.

w) Le terme “instrument négociable” désigne un instrument représentatif d’un droit à paiement, tel qu’un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que les expressions du type “loi régissant les instruments négociables”, “loi régissant les documents négociables” ou autres similaires sont censées englober toutes les lois s’appliquant aux instruments ou documents négociables, à savoir non seulement le droit des instruments ou documents négociables proprement dit, mais aussi le droit en matière de dépôt, le droit des contrats et d’autres branches du droit éventuellement applicables, en particulier les lois spécialisées se rapportant aux tirés d’instruments négociables ou aux émetteurs de documents négociables ou encore à certains types de biens meubles corporels couverts par un document négociable. Dans l’ensemble du projet de guide, le terme “loi” englobe aussi bien le droit législatif que le droit non législatif.]*

II. Recommandations

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 3 d) et 16))

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu'elle s'applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d'argent, les instruments négociables (tels que les chèques, les lettres de change et les billets à ordre), les documents négociables (tels que les connaissements), les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle;

[Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26, rec. 16 et note à l'intention du Groupe de travail.]

Constitution d'une sûreté sur un instrument négociable

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), une sûreté sur un instrument négociable peut être constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention orale et la remise de la possession de l'instrument au créancier garanti. Le commentaire expliquera aussi que la constitution d'une sûreté ou le transfert d'un instrument négociable par endossement conformément au droit des instruments négociables ne seraient pas concernés par cette recommandation.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant un instrument négociable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 24)

24. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière a été valablement constituée sur un instrument négociable, le créancier garanti a également une sûreté réelle mobilière sur les droits accessoires à cet instrument sans nouvel acte de transfert. Ces droits accessoires peuvent être notamment les suivants:

a) Droits contre les garants du paiement de l'instrument; et

b) Sûretés réelles mobilières garantissant l'obligation du tiré.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans la recommandation 24, si A obtient un billet à ordre de B garanti par C et constitue ensuite une sûreté sur ce billet en faveur de D, D obtient une sûreté également sur la garantie. Étant donné que la question est traitée dans la recommandation 16, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer la recommandation 24 et d'insérer les exemples dans le commentaire.]

Droits et obligations du tiré

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si un texte sur les droits et obligations du tiré libellé à peu près comme suit devait être inséré ici:

"La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et i) le tiré; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière." Ce texte est tiré de la recommandation 104 (voir ci-dessous, rec. 104).]

Opposabilité d'une sûreté sur un instrument négociable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3)

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 35 relative aux méthodes générales d'opposabilité, une sûreté sur un instrument négociable peut être rendue opposable par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés ou par dépossession du constituant.

Il voudra peut-être aussi ajouter une autre recommandation qui pourrait être libellée comme suit:

"La loi devrait prévoir que, lorsqu'une sûreté sur un instrument négociable est opposable, elle le reste pendant une courte durée de [à spécifier] jours après la restitution de l'instrument au constituant aux fins de présentation, de paiement, d'exécution, de renouvellement."]

Priorité d'une sûreté sur un instrument négociable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandation 74)

74. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par dépossession du constituant moyennant remise de l'instrument a priorité sur une sûreté grevant l'instrument qui a été rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Elle devrait également prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par une méthode autre que la dépossession du constituant moyennant remise de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un acheteur, d'un autre créancier garanti ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré dans une opération contractuelle qui:

a) Soit est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables;

b) Soit prend possession de l'instrument négociable et fournit une contrepartie de bonne foi sans savoir que le transfert a été effectué en violation des droits du titulaire de la sûreté.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent à la priorité des sûretés sur des instruments négociables, tandis que la recommandation 74 porte sur d'autres conflits de priorité.]

Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recommandations 104 et 105)

104. La loi devrait prévoir qu'après ou avant défaillance, avec l'accord du tiré, le créancier garanti a le droit d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé à l'encontre du tiré.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que, dans les relations entre le créancier garanti et i) le tiré; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière. Le commentaire donnera également les exemples suivants:

a) Le tiré peut être tenu de ne payer qu'à un porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et

b) Le droit du tiré d'opposer des exceptions à son obligation de paiement est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.]

105. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Loi applicable aux sûretés sur des biens meubles corporels (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 136)

136. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 140 et 142, la constitution d'une sûreté sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant. [Pour les sûretés sur le type de biens meubles corporels mentionné dans la phrase précédente qui est soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que l'expression "type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États" se rapporte aux biens meubles corporels mobiles, tels que les véhicules automobiles.]

Loi applicable à l'opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 140)

140. Si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté sur des instruments négociables, des documents négociables et des droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, sa loi détermine si l'opposabilité d'une sûreté sur ces biens a été assurée par inscription conformément à sa législation.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 146)

146. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté, qu'ils découlent de la convention

constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire, du tiré d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 147)

147. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance de somme d'argent cédée, ou encore un instrument négociable ou un document négociable sur lequel une sûreté a été constituée:

a) Les rapports entre un débiteur en compte et un cessionnaire de la créance de somme d'argent, entre un tiré d'un instrument négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur cet instrument ou entre un émetteur d'un document négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance de somme d'argent, le transfert de l'instrument négociable ou le transfert du document négociable peuvent être opposés au débiteur en compte, au tiré de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur en compte, le tiré de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'élargissement du champ d'application du Guide aux transferts purs et simples d'instruments négociables est abordé dans la note à son intention figurant à la suite de la recommandation 3 f) du document A/CN.9/WG.VI/WP.26. Il voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable (A/CN.9/WG.VI.WP.24); et ii) les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des instruments négociables.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3

Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables: définitions et recommandations

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables . . . . . .
I. Définitions . . . . . .
II. Recommandations . . . . . .

Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables

I. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 i) et x))

i) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, ainsi que les instruments et documents négociables.

x) Le terme “document négociable” désigne un document représentatif d’un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu’un récépissé d’entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables.

pp) Le terme “possession” désigne la possession effective de biens meubles corporels par le créancier garanti, ou par un mandataire, employé ou une autre personne détenant ces biens au nom du créancier garanti, ou par une personne indépendante qui reconnaît les détenir pour le créancier garanti. Ce terme n’inclut pas la possession virtuelle, fictive ou symbolique.

II. Recommandations

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 3 d))

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu’elle s’applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d’argent, les instruments négociables (tels que les chèques, les lettres de change et les billets à ordre), les documents négociables (tels que les connaissements), les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires,

les droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle;

Constitution d'une sûreté sur un document négociable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 28)

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), une sûreté sur un document négociable peut être constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention verbale et la remise de la possession du document au créancier garanti. Le Groupe de travail pourrait examiner si cette règle devrait figurer explicitement dans une recommandation.]

28. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur un document négociable fait également naître une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par ce document, à condition que l'émetteur soit en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il sera expliqué dans le commentaire que la recommandation 28 vise à exclure la nécessité de créer une sûreté distincte sur les biens.]

Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail pourrait examiner s'il faudrait insérer ici un texte sur les droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable, qui serait libellé à peu près comme suit:

"La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et l'émetteur du document négociable ou une autre personne liée par ce document, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par la loi régissant les documents négociables." Ce texte est tiré de la recommandation 109 (voir recommandation 109 ci-dessous).]

Opposabilité d'une sûreté sur un document négociable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 39)

44. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un document négociable est opposable, la sûreté correspondante sur les biens meubles corporels couverts par ce document l'est également. Elle devrait également prévoir que, aussi longtemps qu'un document négociable couvre des biens meubles corporels, il est possible de rendre une sûreté sur ces biens opposable [uniquement] en dépossédant le constituant du document [ou des biens].

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se souviendra peut-être que le texte entre crochets indique une divergence d'opinion entre ses membres sur le point de savoir si le fait d'autoriser d'autres méthodes d'opposabilité pour une sûreté sur des biens meubles corporels couverts par un document négociable nuit à la négociabilité du document ou s'il est possible de régler la question en donnant priorité à une sûreté sur ces biens rendue opposable par remise de la possession du document (voir A/CN.9/593, par. 21); voir également A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recommandation 80.]

[44 *bis*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable qui est opposable le reste pendant une courte durée de [à spécifier] jours après que le document négociable a été restitué au constituant, afin que ce dernier vende définitivement les biens meubles corporels couverts par le document, les échange, les charge ou les décharge, ou encore prenne d'autres mesures à leur égard.]

Priorité des sûretés sur des documents négociables (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandations 80 et 81)

80. La loi devrait prévoir que, lorsque les biens meubles corporels sont en possession de l'émetteur d'un document négociable les concernant, une sûreté sur ces biens devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable est devenue opposable a priorité sur une autre sûreté grevant les biens en question rendue opposable par une autre méthode alors que les biens étaient couverts par le document.

81. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable et sur les biens meubles corporels qu'il couvre a un rang inférieur aux droits conférés par la loi régissant les documents négociables à une personne à laquelle ce document a été dûment transmis.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales relatives à la priorité s'appliquent aux sûretés sur des documents négociables, tandis que les recommandations 80 et 81 traitent d'autres conflits de priorité.]

Réalisation d'une sûreté sur un document négociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24/ Add.1, recommandation 109)

109. La loi devrait prévoir qu'après ou avant défaillance, avec l'accord de l'émetteur du document négociable, le créancier garanti a le droit de se prévaloir d'un document négociable à l'encontre de l'émetteur ou de toute autre personne liée par ce document. Toutefois, dans les relations entre le créancier garanti et l'émetteur ou une autre personne liée par le document négociable, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par la loi régissant les documents négociables.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire donnera l'exemple de l'émetteur susceptible d'être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les concernant. Le commentaire expliquera aussi que les recommandations générales sur la réalisation des sûretés s'appliquent également en l'espèce, tandis que la recommandation 109 traite d'une situation particulière.]

Loi applicable aux sûretés sur des biens meubles corporels (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandations 136)

136. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 140 et 142, la constitution d'une sûreté sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant. [Pour les sûretés sur le type de biens

meubles corporels mentionné dans la phrase précédente qui est soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire précisera que l'expression "type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États" fait référence aux biens meubles corporels mobiles, comme les véhicules automobiles.]

Loi applicable à l'opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 140)

140. Si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté sur des instruments négociables, des documents négociables et des droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, sa loi détermine si l'opposabilité d'une sûreté sur ces biens a été assurée par inscription conformément à sa législation.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 146)

146. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire, du tiré d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recommandation 147)

147. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance de somme d'argent cédée, ou encore un instrument négociable ou un document négociable sur lequel une sûreté a été constituée:

a) Les rapports entre un débiteur en compte et un cessionnaire de la créance de somme d'argent, entre un tiré d'un instrument négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur cet instrument, ou entre un émetteur d'un document négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance de somme d'argent, le transfert de l'instrument négociable ou le transfert du document négociable peuvent être opposés au débiteur en compte, au tiré de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur en compte, le tiré de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur un document négociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24); et ii) les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, de même que les autres recommandations

générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des documents négociables.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4

Sûretés réelles mobilières sur le produit, les biens rattachés et les masses ou produits finis: définitions et recommandations

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

I. Sûretés sur le produit . . . . . .

A. Définitions . . . . . .

B. Recommandations . . . . . .

II. Sûretés sur des biens rattachés . . . . . .

A. Définitions . . . . . .

B. Recommandations . . . . . .

III. Sûretés sur des masses ou produits finis . . . . . .

A. Définitions . . . . . .

B. Recommandations . . . . . .

I. Sûretés sur le produit

A. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21, ee))

ee) Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés. [Par exemple, on entend par produit ce qui est reçu d’une vente ou d’un autre acte de disposition ou d’administration ou d’un encaissement, une location, une licence, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d’assurance, et les créances nées de vices, d’un dommage ou d’une perte].

[*Note à l’intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que les biens exclus du champ d’application du projet de guide en tant que biens initialement grevés peuvent être visés par le projet de guide s’il s’agit du produit identifiable de biens relevant du champ d’application du projet de guide (par exemple les sûretés qui sont le produit de comptes bancaires ou le produit d’engagements de garantie indépendants). Toutefois, les droits des parties conformément à d’autres lois applicables aux biens en dehors du champ d’application du projet de guide en tant que biens initialement grevés ne sont pas visés (voir la note qui suit la recommandation 3 d) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7). Le Groupe voudra peut-être noter que la définition du terme produit ou la recommandation 29 devront peut-être être modifiées si la recommandation 30 est conservée.*]

B. Recommandations

Constitution d'une sûreté sur le produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandations 29 et 30)

29. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à la convention constitutive de sûreté, la sûreté sur les biens grevés s'étend au produit dans la mesure où celui-ci est identifiable conformément à la recommandation 29 *bis*.

29 *bis*. La loi devrait prévoir que, lorsque le produit est de l'argent, des créances de sommes d'argent ou des droits à paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui ont été mélangés avec un autre bien de sorte que le produit n'est pas identifiable, [le montant] [la valeur] du produit immédiatement avant qu'il ait été mélangé avec l'autre bien doit être traité comme un produit identifiable, à condition qu'à tout moment après que le produit a été mélangé avec l'autre bien, [le montant] [la valeur] total du bien mélangé soit supérieur [au montant] [à la valeur] du produit. Si à tout moment après que le produit a été mélangé avec l'autre bien, [le montant] [la valeur] total du bien mélangé est inférieur [au montant] [à la valeur] du produit, [le montant] [la valeur] total du bien mélangé au moment où [le montant] [la valeur] du bien mélangé était le plus faible, plus [le montant] [la valeur] de tout produit ultérieurement mélangé au bien mélangé, doit être traité comme un produit identifiable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur l'opportunité d'élaborer une recommandation pour identifier le produit ("retrouver la trace") autre que de l'argent ou un bien analogue. Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire expliquera comment le produit sous forme d'argent, de créances, ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être mélangé à d'autres biens de telle manière qu'il ne puisse être identifié séparément.*]

30. [La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 29, la sûreté ne s'étend aux fruits civils et naturels des biens grevés, tels que [...], que si les parties le prévoient dans la convention constitutive de sûreté.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 30 adopte pour les fruits civils et naturels de biens grevés une approche différente de celle suivie par la recommandation 29 en ce qui concerne d'autres types de produit. Toutefois, la notion de "produit", telle que définie dans la section "terminologie", inclut les fruits civils et naturels et on peut naturellement s'attendre à ce que la sûreté s'étende automatiquement aux fruits civils et naturels. Le Groupe de travail voudra donc peut-être envisager de supprimer la recommandation 30.*]

Opposabilité d'une sûreté sur le produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 44)

41.

Variante A

La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien est opposable quand naît le produit, à condition que:

a) La sûreté sur le bien grevé ait été rendue opposable par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, inscription sur un registre spécialisé, ou annotation sur un certificat de propriété et reste opposable à ce moment là; ou

[Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe a) ne s'appliquerait pas par exemple à une sûreté opposable par possession. La disposition supplétive formulée dans la recommandation 41 bis *s'appliquerait alors.]*

b) Le produit prenne la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

41 *bis*. Si la recommandation 41 ne s'applique pas, la sûreté sur le produit est opposable pendant [...] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans les recommandations 35 ou 36 avant l'expiration de ce délai.

Variante B

La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien est opposable lorsque naît le produit, à condition que le produit prenne la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

41 *bis*. Si la recommandation 41 ne s'applique pas, la sûreté sur le produit est opposable pendant [...] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans les recommandations 35 ou 36 avant l'expiration de ce délai.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que, compte tenu de la divergence d'opinions constatée au sein du Groupe de travail sur le point de savoir si la sûreté sur le produit devrait être automatiquement opposable ou si une formalité distincte d'opposabilité devrait intervenir lorsque naît le produit (voir A/CN.9/593, par. 26 à 32), la recommandation 41 prévoit deux variantes.*

Selon la variante A, une sûreté sur le produit est automatiquement opposable, si la sûreté sur les biens initialement grevés a été rendue opposable par inscription ou si elle se présentait sous forme d'argent ou d'un bien analogue. Si la sûreté a été rendue opposable par possession, conformément à la recommandation 41 bis, *la sûreté sur le produit serait opposable pendant une brève période puis uniquement subordonnée à une formalité distincte d'opposabilité.*

Selon la variante B, l'opposabilité automatique serait limitée au produit sous forme d'argent ou d'un bien analogue, et la recommandation 41 bis *s'appliquerait à tous les autres cas. De ce fait, une sûreté sur le produit resterait opposable pendant quelques jours après la naissance du produit et, par la suite, uniquement par inscription d'un avis concernant la sûreté sur le produit ou par dépossession du constituant. Il sera précisé dans le commentaire que les fruits civils sont couverts*

par les créances, tandis que les fruits naturels sont automatiquement couverts en tant qu'ils sont définis comme produit.

Le Groupe de travail voudra peut-être également considérer que, pour établir un équilibre entre les besoins de protéger un créancier garanti et celui de protéger des tiers, le délai mentionné dans la recommandation 41 bis *devrait être aussi court que le délai de grâce prévu dans la recommandation applicable aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions (par exemple entre 20 et 30 jours, voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 127).*]

Priorité d'une sûreté sur le produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandation 66)

67. Sous réserve des dispositions des recommandations du présent chapitre [et du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions], la loi devrait prévoir qu'une sûreté opposable sur le produit d'un bien grevé a le même rang de priorité que la sûreté sur le bien grevé lui-même.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que le texte placé entre crochets pourrait être nécessaire s'il décide que la superpriorité d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions ne devrait pas s'appliquer pas au produit sous forme de créances de sommes d'argent (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 133, texte entre crochets).*]

Réalisation d'une sûreté sur le produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recommandation 106)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il sera expliqué dans le commentaire que les recommandations générales sur la réalisation s'appliquent au produit.*]

Loi applicable aux sûretés sur le produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recommandation 136)

136. La loi devrait prévoir:

a) Que la constitution d'une sûreté sur le produit est soumise à la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) Que l'opposabilité d'une sûreté sur le produit et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont soumises à la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] l'opposabilité et la priorité sur les droits des réclamants concurrents d'une sûreté sur des biens initialement grevés du même type que le produit.

II. Sûretés sur des biens rattachés

A. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, paragraphe 21 l))

l) Le terme "biens rattachés à des biens immeubles" désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement si attachés à un bien immeuble qu'ils sont

traités comme des immeubles sans toutefois perdre leur identité distincte en tant que meubles en vertu de la loi de l'État où se trouve le bien immeuble.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire donnera des exemples de biens rattachés à des immeubles (par exemple un climatiseur ou une chaudière, mais pas les briques ni le ciment).*]

Le terme "biens rattachés à des biens meubles" désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement si attachés à un autre bien meuble [qu'ils sont traités comme faisant partie de ce bien meuble] sans toutefois perdre leur identité distincte en vertu d'une autre loi que la présente loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire donnera des exemples de biens rattachés à des biens meubles (par exemple des pneus, des moteurs d'avion).*]

B. Recommandations

Constitution d'une sûreté sur des biens rattachés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 31)

31. La loi devrait prévoir qu'une sûreté peut être constituée sur des biens meubles corporels qui sont des biens rattachés au moment de la constitution de la sûreté, ou qu'elle se maintient sur des biens meubles corporels qui deviennent ensuite des biens rattachés. Des sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles peuvent être constituées en vertu de la présente loi ou du droit immobilier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il sera expliqué dans le commentaire que, si la sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles est constituée en vertu du droit immobilier, elle peut être aussi opposable. Il sera également expliqué dans le commentaire que, si une sûreté est constituée en vertu de la législation relative aux opérations garanties, les droits des personnes qui ont des droits en vertu du droit immobilier ne sont pas nécessairement touchés. Par exemple, une sûreté constituée en vertu de la législation relative aux opérations garanties ne peut être réalisée que si des droits concurrents n'ont pas été créés en vertu du droit immobilier ou que si la sûreté a la priorité sur des droits concurrents acquis en vertu du droit immobilier (voir recommandation 83).*]

Opposabilité d'une sûreté sur des biens rattachés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandations 45 et 46)

45. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un bien meuble corporel qui est un bien rattaché au moment où la sûreté est rendue opposable, ou qui ne devient un bien rattaché qu'ultérieurement, peut être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. La loi devrait aussi prévoir que, si une sûreté sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien devient un bien rattaché, la sûreté reste opposable par la suite.

46. Une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble peut aussi être rendue opposable par inscription dans le registre immobilier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il sera expliqué dans le commentaire que la recommandation 46 vise à protéger l'intégrité et la fiabilité du registre immobilier. Cette recommandation est complétée par la recommandation 83 du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, dans laquelle une sûreté sur des biens meubles corporels rattachés ou devant être rattachés à un bien immeuble qui a été rendue opposable par inscription d'un avis au registre immobilier conformément à la recommandation 45 a priorité sur une sûreté grevant l'immeuble concerné inscrite ultérieurement.*

Il sera également expliqué dans le commentaire que, si une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble est rendue opposable en vertu de la présente recommandation, ce qui est inscrit ressortit en principe au droit immobilier. Toutefois, il conviendrait peut-être d'appeler l'attention du législateur sur la nécessité de modifier le droit immobilier de manière à autoriser l'inscription d'un avis de constitution de sûreté, ce qui sera préférable au seul établissement d'actes notariés. Une difficulté pour les tiers recherchant cet avis est que l'inscription dans le registre immobilier concerne le bien et non le constituant.

Il sera en outre expliqué dans le commentaire que la sûreté grèvera le bien immeuble dans son ensemble, mais que l'avis devrait décrire le bien rattaché et que la priorité devrait être limitée à la valeur de ce dernier, s'il est détaché. La question de savoir si le bien rattaché pourrait être détaché et comment le créancier garanti serait payé devrait aussi être abordée sous l'angle de la réalisation (voir recommandation sur la réalisation ci-dessous). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un créancier titulaire d'un droit acquis en vertu du droit immobilier devrait avoir le droit de rembourser la dette due au créancier garanti détenant une sûreté acquise en vertu du droit mobilier. Cette question pourrait être réglée dans les accords intercréanciers.]

Opposabilité d'une sûreté ou d'un autre droit sur des biens rattachés à des biens meubles soumis à un système de registre spécialisé ou à un système de certificats de propriété

46 *bis*. Une sûreté ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur un bien rattaché à un bien meuble qui est soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à notation dans un système de certificats de propriété peut également être rendue opposable du fait de cette inscription ou notation.

Priorité d'une sûreté ou d'un autre droit sur des biens rattachés à un bien immeuble (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandations 82 et 83)

82. La loi devrait prévoir qu'une sûreté ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien immeuble qui, a été constitué et rendu opposable conformément au droit immobilier a priorité sur un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur ces biens rattachés rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans les recommandations 35 ou 36.

83. Une sûreté sur des biens meubles corporels rattachés à un bien immeuble au moment où la sûreté est rendue opposable ou devenant des biens rattachés à un bien immeuble ultérieurement, qui a été rendue opposable par inscription sur le registre immobilier conformément à la recommandation 46 a priorité sur une sûreté ou sur

tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur le bien concerné enregistré ultérieurement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la recommandation 83 conjointement à la recommandation correspondante du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 130* ter. *Il sera expliqué dans le commentaire que les mots "tout autre droit" désignent tout droit susceptible d'être enregistré en vertu du droit immobilier).*]

Priorité d'une sûreté ou d'un autre droit sur des biens rattachés à des biens meubles soumis à un système de registre spécialisé ou à un système de certificats de propriété (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandations 84 et 85 a))

84. La loi devrait prévoir qu'une sûreté ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien meuble, qui a été constitué et rendu opposable en vertu d'une autre loi par inscription sur un registre spécialisé ou notation dans un système de certificats de propriété a priorité sur une sûreté ou sur tout autre droit sur ces biens rattachés rendu opposable par une des méthodes mentionnées dans les recommandations 35 ou 36.

84 *bis*. Une sûreté ou tout autre droit sur des biens meubles corporels rattachés à un bien meuble au moment où la sûreté est rendue opposable ou destinés à devenir des biens rattachés à un bien meuble ultérieurement, qui a été rendu opposable par inscription sur un registre spécialisé ou notation dans un système de certificats de propriété conformément à la recommandation 46 *bis* a priorité sur une sûreté ou sur tout autre droit sur le bien meuble concerné enregistré ultérieurement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 84 et 84* bis *suivent le libellé des recommandations 82 et 83. La seule différence tient au fait que les recommandations 84 et 84* bis *traitent de biens qui s'inscrivent dans le champ d'application du projet de guide (par exemple, des moteurs d'automobile).*]

Réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que les recommandations générales s'appliquent à la réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés à un bien meuble. S'agissant de la réalisation de sûretés sur des biens rattachés à un bien immeuble, le Groupe de travail voudra peut-être envisager une recommandation supplémentaire libellée à peu près comme suit:*

> *"La loi devrait prévoir que le créancier garanti titulaire d'un droit sur un bien rattaché à un bien immeuble (par exemple, un ascenseur) qui a la priorité, peut réaliser son droit sur le bien rattaché (non sur le bien immeuble). Un créancier titulaire d'une sûreté sur le bien immeuble est habilité à rembourser la dette du créancier titulaire d'une sûreté sur le bien rattaché (en règle générale, les créanciers de rang inférieur devraient avoir ce droit). Le créancier titulaire d'une sûreté sur le bien rattaché doit verser des dommages-intérêts pour tout dommage causé par le fait de retirer le bien rattaché du bien immeuble (non pour la diminution de la valeur). Si le créancier titulaire d'une*

sûreté sur le bien rattaché n'a pas la priorité, il ne peut opérer la réalisation/le détachement (bien qu'il puisse s'agir là d'un problème d'évaluation qui apparaît généralement en cas de réalisation par le créancier de rang inférieur détenant un droit sur une partie d'un bien). Si le créancier titulaire d'une sûreté sur le bien rattaché possède une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions, il a la superpriorité prévue dans la recommandation 130, sauf à l'égard d'un prêteur d'un financement pour la construction qui finance l'ensemble de la construction (cette règle relève du droit de la construction, voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 130 ter*)."*]

Loi applicable aux sûretés sur des biens rattachés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que la recommandation 136 est suffisante au regard de la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble, alors que la recommandation 148 est suffisante en ce qui concerne la réalisation d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble. S'agissant de la loi applicable à la réalisation d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble, le Groupe de travail voudra peut-être inclure une recommandation supplémentaire libellée à peu près comme suit: "La réalisation d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble est régie par la loi de l'État où se trouve le bien immeuble."*]

III. Sûretés sur des masses ou produits finis

A. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, paragraphe 21 l))

l) Les termes "masse ou produit fini" désignent des biens meubles corporels autres qu'une somme d'argent qui sont physiquement si associés ou unis entre eux qu'ils perdent leur identité distincte en vertu d'une loi autre que la présente loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire donnera des exemples de masses ou de produits finis (par exemple, produit fini: gâteau confectionné avec du sucre, des œufs, de la farine et de l'eau; masse: céréales dans un silo, ou pétrole dans un réservoir).*]

B. Recommandations

Constitution d'une sûreté sur une masse ou un produit fini (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, recommandation 32)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté ne peut être constituée sur des biens meuble corporels qui font partie d'une masse ou d'un produit fini car, au moment de la constitution de la sûreté, ils n'existent pas en tant que biens meubles corporels distincts.*]

32. La loi devrait aussi prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini après la constitution de la sûreté, se maintient sur la masse ou le produit fini. [La sûreté se limite à la valeur des biens meubles corporels immédiatement avant qu'ils ne soient intégrés à la masse ou au produit fini.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la deuxième phrase est entre crochets, car la question de l'évaluation peut être une question de priorité et non de constitution. Selon cette approche, si la valeur de la farine est 5 et la valeur du sucre 5, alors que la valeur du gâteau est 20 et qu'il y a deux créanciers garantis, chacun d'eux obtiendra 5, et la valeur restante, à savoir 10, sera conservée pour le constituant et ses créanciers chirographaires. Si la valeur du gâteau est inférieure à la valeur des ingrédients, les créanciers garantis partageront la perte proportionnellement (ainsi, si la valeur du gâteau est 8, chaque créancier garanti obtiendra 4). Cela signifie que: i) la sûreté est toujours une sûreté sur le bien meuble corporel distinct et le créancier garanti ne peut obtenir plus que ce qui lui est dû, ii) si la valeur de la masse ou du produit fini est inférieure, le créancier garanti subira une réduction proportionnelle (question de priorité), et iii) les dates de constitution n'ont pas d'effet sur la priorité.*]

Opposabilité d'une sûreté sur une masse ou un produit fini (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recommandation 47)

47. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est intégré à une masse ou à un produit fini, la sûreté sur la masse ou sur le produit fini constituée comme il est prévu dans la recommandation 32 est opposable par la suite [sans qu'un acte supplémentaire soit nécessaire] [pendant […] jours après la création de la masse ou du produit fini, et de manière permanente par la suite si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans les recommandations 35 ou 36 avant l'expiration de ce délai.]

Priorité d'une sûreté sur une masse ou un produit fini (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recommandation 85)

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les conflits de priorité entre les créanciers titulaires de sûretés sur un bien qui est intégré à une masse ou à un produit fini et les créanciers chirographaires n'exigent pas de traitement spécial puisque les règles de priorité ordinaires s'appliquent dès lors qu'il est établi que la sûreté se maintient sur la masse ou le produit fini. Toutefois, trois types de conflits de priorité peuvent surgir entre créanciers lorsque chacun est titulaire d'une sûreté sur la masse ou le produit fini: i) les conflits entre sûretés constituées sur les mêmes biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et du sucre); ii) les conflits entre sûretés sur différents biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et de la farine); et iii) les conflits entre une sûreté initialement constituée sur les biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini (par exemple, sucre et gâteau). Pour tenir compte de toutes ces situations, la recommandation 85 a été reformulée en trois parties. Il convient de noter qu'en*

règle générale les conflits de priorité ne surgissent que lorsque la valeur est insuffisante pour satisfaire toutes les créances.]

85. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur les mêmes biens meubles corporels distincts qui se maintient sur une masse ou sur un produit fini comme le prévoit la recommandation 32 et qui est opposable comme le prévoit la recommandation 47 a la même priorité que d'autres sûretés accordées sur les biens meubles corporels distincts immédiatement avant que ces biens aient été intégrés au produit fini ou à la masse. Un créancier garanti ne peut pas recevoir un montant supérieur au montant de l'obligation garantie par sa sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la première phrase de cette recommandation a pour conséquence que toutes les sûretés sur des biens meubles corporels qui deviennent mélangés ont le même rang de priorité les unes à l'égard des autres que sur les biens distincts. La raison de cette règle proposée est que l'incorporation de biens dans une masse ou un produit fini ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits respectifs des créanciers titulaires de sûretés concurrentes sur les biens distincts. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la règle est formulée de manière à respecter les règles générales de priorité et à prendre en compte la superpriorité accordée aux créanciers qui peuvent faire valoir des "sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions". La deuxième phrase reprend pour l'essentiel la règle énoncée (sous une forme un peu différente) dans la deuxième phrase de la recommandation 32. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander quelle est la formulation préférable et si la règle devrait être énoncée à la fois dans les recommandations relatives à la constitution et à la priorité.*]

85 *bis*. La loi devrait prévoir que i) si plusieurs sûretés sur des biens meubles corporels distincts se maintiennent sur la même masse ou le même produit fini, comme le prévoit la recommandation 32, et que chaque sûreté est opposable comme le prévoit la recommandation 47, et ii) si les obligations garanties par ces sûretés ne peuvent toutes être satisfaites par ces dernières, les créanciers garantis ont droit à une part de la valeur de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini en proportion de la valeur des biens meubles corporels distincts immédiatement avant qu'ils n'aient été intégrés à la masse ou au produit fini. Un créancier garanti ne peut obtenir un montant supérieur au montant de l'obligation garantie par sa sûreté. S'il n'y a qu'une autre sûreté, le créancier garanti titulaire de cette sûreté a droit au reste de la valeur de sa sûreté sur la masse ou le produit fini. S'il y a plusieurs autres sûretés, les créanciers garantis titulaires de ces sûretés ont droit à une part du reste de la valeur de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini, dans la proportion indiquée plus haut.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, conformément à la recommandation 85* bis, *si la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 6 et le montant de l'obligation garantie 7, les créanciers se verront attribuer 2/7 et 5/7 de 6. En tout état de cause, si la valeur de la masse ou du produit fini est inférieure au montant des obligations garanties, il ne restera rien pour les créanciers chirographaires.*]

85 *ter*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels distincts qui se maintient sur une masse ou sur un produit fini comme le prévoit la recommandation 32 et qui est opposable comme le prévoit la recommandation 47 a

priorité sur une sûreté accordée par le même débiteur sur la masse ou le produit fini, s'il s'agit d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions. Un créancier garanti ne peut pas recevoir un montant supérieur au montant de l'obligation garantie par sa sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la première phrase de cette recommandation a pour conséquence l'application des règles générales de priorité. Les sûretés sur le bien initial ont la priorité sur toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini qui ont été prises afin de couvrir le futur bien, uniquement si elles sont des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.*]

Réalisation d'une sûreté sur une masse ou un produit fini

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que les règles générales régissant la réalisation devraient s'appliquer à la réalisation d'une sûreté sur des biens qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini. Par exemple, si les biens grevés sont du pétrole de valeur 5 dans un réservoir contenant du pétrole de valeur 100, le créancier garanti ne devrait pouvoir faire valoir son droit que sur une quantité de pétrole de valeur 5. Si le bien grevé peut être séparé, le créancier garanti ne devrait pouvoir disposer de cette quantité que de manière commercialement raisonnable. Si le bien grevé ne peut être facilement séparé, il se peut alors qu'il faille vendre l'ensemble de la masse ou du produit fini.*]

Loi applicable à une sûreté sur une masse ou un produit fini

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la loi régissant les sûretés sur des biens meubles corporels qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini devrait être la règle générale applicable aux sûretés sur les biens meubles corporels (à savoir la recommandation 136) ou la règle applicable aux sûretés sur le produit (à savoir la recommandation 141). Si la recommandation 136 s'appliquait et si l'élément sucre était situé dans le pays X et le gâteau dans le pays Y, la loi applicable serait la loi du pays Y (sauf dans le cas des biens meubles corporels mobiles et des biens d'exportation). Si la recommandation 141 s'appliquait, la loi du pays Y régirait la constitution de la sûreté, tandis que la loi du pays Y régirait l'opposabilité et la priorité. La différence entre ces deux approches ne concerne que la loi régissant la constitution (à savoir la loi du pays X ou Y).*]

Meubles par anticipation et récoltes

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le projet de guide prévoit qu'il est possible de prendre une sûreté sur des biens rattachés soit en vertu du projet de guide, soit en vertu de la loi applicable régissant la sûreté sur les biens immeubles. Des questions analogues se posent au sujet i) des cultures, qu'elles soient renouvelables (par exemple des pommes), annuelles (par exemple des céréales), ou récoltées (par exemple du bois), ii) des produits extraits du sol (par exemple des minéraux, des hydrocarbures, de l'eau, du sable, du gravier, de la motte de tourbe) et iii) des matériaux et matériels qui reviennent à l'état de meubles soit après avoir été enlevés d'un bâtiment en cours de démolition, soit pour d'autres raisons.*

Il est toujours possible de prendre une sûreté sur chacun de ces biens en tant que bien futur, la constitution de la sûreté n'intervenant que lorsque le bien devient un bien meuble. Dans ce cas, il ne peut jamais y avoir conflit de priorité entre une sûreté sur l'immeuble constituée en vertu d'une autre loi et une sûreté sur le meuble constituée en vertu du projet de guide, puisque la sûreté sur l'immeuble s'éteint dès lors que le bien devient un bien meuble.

Néanmoins, il est possible d'imaginer un régime, tel que celui applicable aux biens rattachés, autorisant la création d'une sûreté sur des biens meubles qui serait immédiatement valable, même pendant que le bien reste un bien immeuble. Un tel régime aurait l'avantage de permettre, par exemple, de séparer le financement de cultures ou d'industries extractives du financement de l'exploitation agricole ou de l'exploitation minière.

Si le Groupe de travail décide que le projet de guide devrait prévoir un tel régime, il conviendrait de formuler des recommandations supplémentaires pour prendre en compte les questions suivantes: i) les conflits de priorité entre les sûretés sur des biens immeubles acquis en vertu d'une autre loi et les sûretés sur des biens meubles acquis en vertu du projet de guide, ii) les conditions dans lesquelles les créanciers titulaires de sûretés en vertu du projet de guide peuvent réaliser ces sûretés et les droits de réalisation qu'ils peuvent exercer, et iii) les mesures que doit prendre le créancier détenant une sûreté en vertu du projet de guide pour rendre cette sûreté opposable à un créancier titulaire d'une sûreté sur le bien immeuble.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
V.	Opposabilité de la sûreté réelle mobilière et inscription	34 *bis*-60
	Première partie. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière	34 *bis*-47
	Deuxième partie. Le système de registre	47 *bis*-60

V. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière et inscription

Première partie. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des priorités:

a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à l'inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et

b) En établissant le cadre juridique nécessaire à un système de registre public simple, économique et efficace pour l'inscription d'avis relatifs aux sûretés.

[**Sens de l'opposabilité**

34 *bis*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté est opposable si elle a été valablement constituée conformément à la recommandation 7 et rendue opposable conformément à la recommandation 35 ou 36.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le sens de l'opposabilité est traité dans la recommandation 35 (voir texte entre crochets). Toutefois, en raison de l'importance qu'il revêt tant pour le chapitre sur l'opposabilité que pour celui sur la priorité, et du fait que ces notions seront nouvelles pour de nombreux systèmes juridiques, le Groupe de travail souhaitera peut-être aborder cette question dans une recommandation séparée au début du présent chapitre. S'il décide de conserver la recommandation 34* bis*, qui apparaît entre crochets, le texte entre crochets de la recommandation 35 pourra être supprimé. La recommandation 34* bis *est complétée par les recommandations 34* ter *à 34* quinquies*, qui clarifient encore davantage le sens de l'opposabilité.*]

Efficacité d'une sûreté qui n'est pas opposable

34 *ter.* La loi devrait prévoir qu'une sûreté constituée conformément à la recommandation 7 a effet à l'égard du constituant, même si elle n'est pas opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera qu'une sûreté inopposable est sans effet à l'égard des créanciers chirographaires ou des créanciers garantis dont les sûretés ne sont pas opposables. Cette approche est conforme au sens de l'"opposabilité" adopté dans le projet de guide. Son résultat concret est qu'aucun problème de priorité ne se pose dans le cas des sûretés non opposables et que celles-ci seraient donc égales entre elles et égales aux droits des créanciers chirographaires (sauf s'ils deviennent des créanciers judiciaires, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, recommandation 71).*]

Efficacité d'une sûreté opposable après transfert du bien grevé

34 *quater*. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 68 *bis*, 69 et 69 *bis* [voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6], une sûreté sur un bien subsiste après le transfert du bien. Si la sûreté a été rendue opposable avant le transfert, elle ne cesse pas d'être opposable uniquement du fait du transfert.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la règle énoncée dans la recommandation 34* quater *(droit de suite) est énoncée de manière un peu différente dans la recommandation 68 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6). Il souhaitera peut-être examiner si cette règle devrait figurer dans le présent chapitre ou dans le chapitre sur la priorité. Il notera peut-être aussi que le commentaire expliquera que la deuxième phrase est destinée à empêcher que le simple transfert ne rende une sûreté inopposable, sauf si, par exemple, il entraîne un changement du lieu de situation du bien et, partant, l'inopposabilité de la sûreté en raison de l'application d'une autre loi (bien que, en vertu de la recommandation 145, l'opposabilité soit maintenue pendant un certain temps après le changement du lieu de situation) ou si le créancier garanti ne modifie pas son avis afin d'indiquer le nom du bénéficiaire du transfert en tant que nouveau débiteur.*]

Méthode générale pour rendre les sûretés réelles mobilières opposables

35. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire des recommandations du présent chapitre et du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions, une sûreté [constituée conformément aux recommandations du chapitre relatif à la constitution] est opposable uniquement si un avis la concernant est inscrit dans un registre général des sûretés, conformément aux recommandations 47 *ter* à 60. L'inscription d'un tel avis n'emporte pas constitution d'une sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que l'inscription d'un avis de sûreté est une condition préalable à l'opposabilité, mais ne fait pas naître la sûreté. La constitution nécessite un accord hors registre entre les parties, comme le prévoient les recommandations du chapitre relatif à la constitution.*]

Méthodes autres que l'inscription

36. La loi devrait prévoir, en lieu et place de l'inscription, la possibilité de rendre une sûreté sur les types de bien ci-après opposable comme suit:

a) Sur des biens meubles corporels, en dépossédant le constituant du bien grevé, comme le prévoient les recommandations 39 et 44;

b) [Sur des biens de consommation d'une valeur inférieure à [spécifier la valeur] au moment de la constitution de la sûreté, automatiquement dès la constitution d'une sûreté non liée à une acquisition (pour les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition, voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 128) qui n'est pas soumise à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 39 *bis*];

c) Sur des biens meubles pour lesquels une sûreté peut, conformément à une autre loi, être rendue opposable moyennant inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété, par cette inscription ou annotation, comme le prévoit la recommandation 40;

d) Sur le produit, i) automatiquement à la naissance du produit en rendant la sûreté sur les biens initialement grevés opposable par inscription avant la naissance du produit [, mais uniquement si le produit prend la forme d'argent, de créances de sommes d'argent, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire], ou ii) en rendant opposable la sûreté sur le produit dans un délai spécifié après la naissance du produit, comme le prévoient les recommandations 41 et 41 *bis*;

e) Sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou autre exécution d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, en rendant opposable la sûreté sur la créance, l'instrument ou l'obligation, comme le prévoit la recommandation 41 *ter*;

f) Sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par contrôle, comme le prévoit la recommandation 43;

g) Sur des biens meubles corporels qui sont rattachés au moment où la sûreté est rendue opposable ou qui sont rattachés seulement par la suite, par inscription de la sûreté sur le bien meuble corporel, comme le prévoient les recommandations 45, 46 et 46 *bis*; et

h) Sur une masse ou un produit fini, en rendant la sûreté opposable [sur un bien meuble corporel avant qu'il ne soit incorporé dans la masse ou le produit fini] [sur la masse ou le produit fini dans un certain délai après que le bien a été intégré à la masse ou au produit], comme le prévoit la recommandation 47.

Méthodes concurrentes

37. La loi devrait confirmer que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents biens individualisés ou types de biens, qu'ils soient ou non grevés en vertu de la même convention constitutive de sûreté.

Méthode exclusive

38. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 36 e), une sûreté sur un droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par contrôle, comme le prévoit la recommandation 42.

Continuité de l'opposabilité

38 *bis*. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté est continue nonobstant un changement de méthode pour la rendre opposable, à condition que la sûreté ne perde son opposabilité à aucun moment.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la recommandation 38* bis *ne se réfère pas spécifiquement à l'inscription (c'est-à-dire l'inscription anticipée avant la constitution), car, si le créancier garanti change de méthode d'opposabilité avant que l'inscription ne devienne caduque, la sûreté aura été constituée et donc rendue opposable.*]

Caducité de l'inscription ou perte de l'opposabilité

38 *ter*. La loi devrait prévoir que, si une sûreté a été inscrite conformément aux recommandations 35 et 54 ou rendue opposable conformément aux recommandations 35 et 36, et s'il y a par la suite une période pendant laquelle elle n'est ni inscrite ni opposable, l'inscription ou l'opposabilité peut être rétablie. Dans ce cas, l'inscription ou l'opposabilité remonte au moment où la sûreté est ensuite soit inscrite soit rendue opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le libellé des recommandations 38* bis *et 38* ter *est semblable à celui des recommandations 66 et 66* bis *(voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6), selon lesquelles la priorité remonte au moment où l'opposabilité est rétablie ou à celui où un avis relatif à la sûreté est inscrit. Il souhaitera peut-être examiner si la première phrase de la recommandation 38* ter *devrait être conservée dans le présent chapitre puisqu'elle traite de la caducité de l'inscription ou de la perte de l'opposabilité, et si la deuxième phrase devrait figurer uniquement dans le chapitre sur la priorité, puisqu'elle traite essentiellement de ce sujet.*

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire expliquera que la sûreté peut perdre son opposabilité si, par exemple, le créancier garanti ne renouvelle pas son inscription avant l'expiration de sa durée de validité initiale ou s'il a obtenu l'opposabilité en prenant possession des biens grevés mais qu'il les restitue par la suite au constituant. Le commentaire expliquera également que la sûreté conserve son opposabilité dans ces cas si elle est inscrite ou rendue opposable avant caducité de l'inscription ou remise de la possession, suivant la méthode d'opposabilité considérée.

Le commentaire inclura les exemples suivants de situations dans lesquelles l'opposabilité est maintenue malgré la caducité de l'inscription ou la remise de la possession, suivant la méthode d'opposabilité considérée.

Le premier jour, le constituant crée une sûreté en faveur du créancier garanti qui, le même jour, prend possession des biens grevés. Le deuxième jour, le créancier

garanti inscrit un avis relatif à sa sûreté puis restitue les biens. L'opposabilité est continue à partir du premier jour.

Le premier jour, le constituant crée une sûreté en faveur du créancier garanti qui, le même jour, inscrit un avis relatif à sa sûreté. Le deuxième jour, le créancier garanti prend possession des biens grevés. L'inscription devient caduque le troisième jour. L'opposabilité est continue à partir du premier jour. Le résultat est identique si le créancier garanti inscrit à nouveau un avis le quatrième jour et remet la possession des biens grevés au constituant le cinquième jour.]

Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels

39. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels peut aussi être rendue opposable par dépossession du constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que, le terme "biens meubles corporels" désignant les instruments et documents négociables (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 i)), la recommandation 39 s'applique à l'opposabilité des sûretés sur des instruments et documents négociables. Ces sûretés sont donc rendues opposables par inscription ou par dépossession du constituant. La recommandation 44 ajoute des règles spéciales pour l'opposabilité des sûretés sur des documents négociables et des biens meubles corporels représentés par des documents négociables. Le Groupe de travail notera peut-être aussi que la "dépossession" sera définie comme une dépossession objective réelle.*]

[**Opposabilité d'une sûreté non liée à une acquisition grevant des biens de consommation de faible valeur**

39 *bis*. Une sûreté non liée à une acquisition grevant des biens de consommation d'une valeur inférieure à [spécifier la valeur] au moment de sa constitution [pour les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition, voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recommandation 128] qui n'est pas soumise à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété est opposable automatiquement dès sa constitution.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les opérations de financement dans lesquelles des sûretés non liées à une acquisition sont créées sur des biens de consommation sont rares. En conséquence, il souhaitera peut-être supprimer la recommandation 39* bis *(et la recommandation 36 b)). Si cette recommandation est maintenue, il souhaitera peut-être tenir compte du fait que, comme une valeur faible dans un pays peut être considérée comme élevée dans un autre, la détermination de cette valeur devrait se fonder sur une analyse coût-avantages comparant la valeur de réalisation potentielle d'un bien au coût de l'inscription. Pour les mêmes raisons, le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi exclure du Guide les sûretés non liées à une acquisition grevant des biens nécessaires à la subsistance, aux besoins essentiels ou à la santé d'un particulier ou d'un membre de sa famille. Le commentaire pourrait expliquer que, en conséquence, les exceptions qui s'appliquent généralement à l'exécution par des créanciers judiciaires s'appliqueraient également aux créanciers garantis. Une autre possibilité serait que le Groupe de travail inclue les sûretés sur de tels biens dans le Guide, mais applique les mêmes exceptions à la*

réalisation par des créanciers garantis qu'à la réalisation par des créanciers judiciaires.]

Opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles pour lesquels il existe un registre spécialisé ou un système de certificat de propriété

40. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles pour lesquels une sûreté, conformément à une autre loi, peut être rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, est opposable:

a) Si elle est inscrite sur le registre spécialisé; ou

b) Si une annotation la concernant est portée sur le certificat de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que l'inscription sur le registre général des sûretés, comme le prévoit la recommandation 35, ou l'inscription sur le registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 40, sont les seules méthodes disponibles pour rendre une sûreté opposable (autrement dit cette dernière ne peut être rendue opposable par prise de possession), si la législation spéciale applicable en l'espèce en dispose ainsi. Le Groupe de travail notera peut-être aussi que la recommandation 40 est complétée par la recommandation 65 du document A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, dans laquelle une sûreté qui a été inscrite sur le registre spécialisé ou qui a été consignée sur un certificat de propriété a priorité sur une sûreté inscrite sur le registre général des sûretés. Par conséquent, pour obtenir une priorité maximum sur toutes les classes de créanciers concurrents, la sûreté devrait être rendue opposable par inscription conformément à la recommandation 40 plutôt qu'à la recommandation 35. Cette approche se justifie par la nécessité de préserver la fiabilité du système de registre spécialisé ou du système de certificat de propriété pour les acheteurs de biens grevés ou les autres créanciers garantis qui se fient à ces systèmes pour protéger leurs droits.*]

Opposabilité des sûretés sur le produit

41. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 41.*]

41 *bis*. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 41* bis.]

Opposabilité des sûretés garantissant une créance de somme d'argent, un instrument négociable ou toute autre obligation

41 *ter*. Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou autre exécution d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation est opposable si la sûreté sur la créance, l'instrument ou l'obligation est opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette recommandation conjointement avec la recommandation 37 qui traite de l'opposabilité d'une sûreté sur une créance de somme d'argent (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26).*]

Opposabilité des sûretés sur les droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants

42. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recommandation 49.*]

Opposabilité des sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires

43. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recommandation 43.*]

Opposabilité des sûretés sur des documents négociables

44. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recommandation 40.*]

Opposabilité des sûretés sur des biens rattachés

45. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 45.*]

46. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 46.*]

Opposabilité des sûretés sur des masses ou des produits finis

47. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 47.*]

Deuxième partie. Le système de registre

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives au système de registre est de préciser les fonctions, les conditions et les conséquences de l'inscription sur le registre général des sûretés.

Fonctions de l'inscription sur le registre général des sûretés

47 *bis*. La loi devrait prévoir que l'inscription sur le registre général des sûretés a pour fonction de fournir:

a) Une méthode par laquelle une sûreté peut être rendue opposable, que celle-ci existe à ce moment ou qu'elle soit constituée plus tard;

b) Une base pour appliquer les règles de priorité en fonction de la date à laquelle une sûreté a été rendue opposable; et

c) Une source additionnelle d'information permettant aux tiers, comme des créanciers garantis éventuels, des créanciers judiciaires, le représentant de l'insolvabilité du constituant et des acheteurs de biens grevés, de savoir si les biens du constituant sont grevés d'une sûreté concurrente au moment considéré ou le seront par la suite.

47 *ter*. La loi devrait prévoir qu'un avis peut être inscrit sur le registre général des sûretés et remplir les fonctions mentionnées dans la recommandation 47 *bis*, que la sûreté existe au moment de l'inscription ou qu'elle soit constituée par la suite, et que le constituant ait un droit sur les biens visés par l'avis au moment de l'inscription ou qu'il obtienne un droit sur eux par la suite.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire établira un lien entre les recommandations 47* bis *et 47* ter *et la recommandation pertinente sur la constitution, la recommandation 34* bis *(qui distingue la constitution de l'opposabilité), la recommandation 35 (qui souligne que l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté), la recommandation 54 (inscription anticipée) et la recommandation 40 (inscription sur un registre spécialisé).*

Le commentaire expliquera également que les systèmes de registre qui exigent le dépôt de documents (plutôt que l'inscription d'un avis conformément aux recommandations 48 a) et 49, sans vérification ni examen approfondi par quiconque excepté la personne procédant à l'inscription, comme le prévoit la recommandation 48 b)) ont des effets constitutifs (et non les effets décrits dans la recommandation 47 bis*), imposent des frais d'inscription élevés (par exemple* ad valorem*) (plutôt que des tarifs modiques à prix coûtant, comme le prévoit la recommandation 48 g)) et ne se prêtent pas à une inscription rapide, efficace, peu coûteuse et commode (voir recommandations 47* quater *et 48 ci-dessous), qui est cruciale pour une loi sur les sûretés réelles mobilières qui favorise l'accès à un crédit meilleur marché*.]

Principes de conception

47 *quater*. La loi devrait prévoir que le registre est conçu pour remplir les fonctions décrites dans la recommandation 47 *ter*, mais uniquement de manière à ce que l'inscription et la recherche soient rapides, efficaces, peu coûteuses, commodes et accessibles au public. En particulier, les exigences relatives au contenu (renseignements spécifiés, et non documents originaux) de l'information communiquée ("avis") et à la méthode de communication ne devraient pas être plus lourdes que nécessaire pour que le système de registre fonctionne de la façon indiquée dans le présent chapitre et que le risque d'invalidation de l'inscription soit le plus faible possible.

Inscription et recherche rapides, économiques et efficaces

48. Pour que l'inscription et la recherche soient rapides, souples, économiques et efficaces, le cadre opérationnel et juridique du registre devrait présenter les caractéristiques suivantes:

a) L'inscription est effectuée par enregistrement d'un avis contenant les informations spécifiées dans la recommandation 49, et non d'une copie des documents sous-jacents relatifs à la sûreté;

b) Un avis peut être enregistré sans vérification ni examen approfondi par quiconque excepté la personne procédant à l'inscription;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que des avis faux ou trompeurs peuvent être radiés conformément à la recommandation 57, tandis que la question de savoir s'il faut sanctionner une personne ayant sciemment enregistré un avis faux ou trompeur est laissée au droit de la responsabilité délictuelle, au droit pénal ou à un autre droit. Le commentaire apportera également des orientations sur les types de sanctions possibles*.]

c) L'utilisateur peut effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

d) Le fichier du registre est centralisé et contient tous les avis de sûretés inscrits en vertu de la présente loi;

e) Les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable d'identification de celui-ci, comme le numéro d'identification ou d'immatriculation au registre du commerce attribué par l'État;

f) Le registre est ouvert au public;

g) Les tarifs d'inscription et de recherche ne sont pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts;

h) Les personnes procédant à l'inscription ont le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre;

i) Des guides clairs et concis sur les procédures d'inscription et de recherche sont largement disponibles et des informations relatives à l'existence et au rôle du registre sont largement diffusées; et

j) Le registre pratique des horaires de service fiables et réguliers qui sont compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels;

k) Dans la mesure où les infrastructures de l'État le permettent, le système de registre est informatisé. En particulier,

i) Les avis sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatique;

ii) Les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche ont un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, y compris Internet et l'échange de données informatisées;

iii) Le système est programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles (par exemple, en exigeant que les champs concernant les données essentielles soient remplis);

iv) Le système est programmé pour faciliter une extraction rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines.

Sécurité et intégrité du registre

48 *bis*. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité du fichier du registre, le cadre opérationnel et juridique du registre devrait présenter les caractéristiques suivantes:

a) Une personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après la saisie des informations pour vérifier que celle-ci est exacte et complète;

b) L'identité des personnes procédant à l'inscription est vérifiée préalablement et les preuves de l'identité sont conservées;

c) [Le registre] [Le créancier garanti] est tenu de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci;

d) Le registre est tenu d'envoyer une copie de toute modification apportée à l'avis au créancier garanti désigné sur celui-ci;

e) Bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État reste chargé de s'assurer que le registre est exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui;

f) Une copie de sauvegarde du fichier du registre est conservée pour permettre la reconstitution de ce dernier.

Responsabilité en cas de perte ou de dommage

48 *ter*. La loi devrait prévoir des dispositions pour l'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre pour un résultat imprimé de l'inscription ou de la recherche inexact ou incomplet se limite aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis

49. La loi devrait exiger que l'avis contienne seulement les informations suivantes:

a) Les noms ou autres éléments d'identification fiables du constituant et du créancier garanti, ou de son représentant, conformément aux recommandations 50 et 51, ainsi qu'une adresse pour chacun d'eux;

b) Une description du bien visé par l'avis conformément à la recommandation 53;

c) La durée de l'inscription conformément à la recommandation 56; et

[d) Une déclaration du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée [si l'État estime que cette information est utile pour faciliter des prêts subordonnés.]]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que la définition du terme "représentant" peut relever d'une autre loi, mais que ce terme inclut un mandataire, un fiduciaire ou une autre personne agissant au nom ou en faveur du créancier garanti*.]

Caractère suffisant du nom du constituant dans un avis

50. La loi devrait prévoir que le nom ou un autre élément d'identification du constituant figurant sur un avis inscrit est suffisant uniquement s'il est possible de retrouver cet avis en effectuant une recherche dans le fichier du registre à partir du nom correct ou d'un autre élément d'identification du constituant.

51. Lorsque le constituant est une personne physique, la loi devrait prévoir que son nom, aux fins de l'inscription efficace d'un avis, est celui qui figure sur certains documents officiels tels que l'acte de naissance, la carte d'identité, le permis de conduire ou le passeport. Lorsque le constituant est une personne morale, la loi

devrait prévoir que son nom, aux fins d'une inscription efficace, est celui qui figure dans ses documents constitutifs.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire précisera que lorsque le nom du constituant figure dans un fichier distinct tenu par l'État, par exemple, un registre du commerce ou des sociétés, l'État peut, s'il le souhaite, créer des liens entre les deux registres pour faciliter la saisie de données exactes*.]

Changement de nom ou autre élément d'identification du constituant

52. La loi devrait prévoir que, si le nom du constituant change après qu'un avis relatif à une sûreté a été enregistré:

a) Une sûreté sur un bien grevé, sur lequel le constituant avait des droits à la date du changement de nom, reste opposable;

b) Une sûreté sur un bien acquis par le constituant ou créé dans les [...] jours qui suivent la date du changement de nom, est opposable; et

c) Une sûreté sur un bien acquis par le constituant ou créé plus de [...] jours après la date du changement de nom n'est pas opposable sauf si l'avis est modifié de manière à indiquer le nouveau nom du constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire apportera des orientations sur la durée du délai mentionné dans la recommandation 52 (par exemple, 60, 90 ou 120 jours). Le commentaire examinera également les différentes circonstances dans lesquelles une entité peut changer de nom (par exemple, fusion ou acquisition)*.]

Caractère suffisant de la description des biens visés par un avis

53. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis est suffisante si elle permet à un tiers de distinguer ces biens des autres biens du constituant. Si les biens visés par l'avis sont une catégorie ou des catégories génériques de biens meubles, ou sont tous les biens meubles présents et à venir, une description générale est suffisante.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que des descriptions comme "tous les stocks" ou "tous les biens présents et futurs" seraient suffisantes*.]

Inscription anticipée

54. La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que l'objet de la présente recommandation est de confirmer que l'inscription peut avoir lieu avant la constitution de la sûreté. Le commentaire expliquera qu'en autorisant l'inscription anticipée le projet de guide cherche à permettre aux créanciers garantis d'assurer leur position prioritaire en procédant à l'inscription – surtout face à d'éventuels créanciers garantis concurrents – le plus tôt possible, de manière à faciliter l'octroi de crédits dès la conclusion de la convention constitutive de sûreté officielle (voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, recommandation 66,*

selon laquelle la priorité remonte à la date de l'inscription (c'est-à-dire avant la constitution de la sûreté, si l'on part du principe qu'une sûreté voit le jour par la suite) ou au moment de l'opposabilité (c'est-à-dire la constitution plus l'inscription ou la prise de possession).]

Avis unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

55. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité des sûretés qui ont été ou qui seront constituées par l'ensemble des conventions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles couvrent des biens meubles individualisés ou des types de biens meubles qui entrent dans la description figurant dans l'avis.

Durée et prorogation de l'avis

56. La loi devrait spécifier la durée d'un avis ou autoriser la personne procédant à l'inscription à choisir cette durée lors de l'inscription et à la prolonger à tout moment avant son expiration.

Moment où prennent effet l'avis ou la modification

56 *bis*. La loi devrait prévoir qu'un avis ou sa modification prennent effet lorsque les informations qui y sont contenues sont saisies dans le fichier du registre de manière à s'afficher lors d'une recherche effectuée dans le fichier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que, si le système d'inscription autorise le dépôt d'avis sur papier auprès du registre (et non la saisie directe des données par la personne procédant à l'inscription), un certain laps de temps s'écoulera entre la réception de l'avis par le conservateur du registre et le moment où les informations contenues dans cet avis seront saisies dans le fichier par le personnel du registre pour devenir accessibles aux personnes effectuant une recherche. La question ici est de savoir quand l'inscription devrait prendre effet, à savoir au moment de la réception de l'avis par le conservateur ou au moment où celui-ci est intégré dans le fichier et devient accessible aux utilisateurs. Dans le premier cas, une recherche ne fera pas apparaître toutes les inscriptions ayant effet juridiquement. Pour répondre au besoin d'information des tiers, la recommandation 56* bis *fait donc correspondre le moment de l'inscription et celui où l'information est consultable. Bien que, dans cette solution, le risque associé à tout retard soit supporté par le créancier garanti, ce dernier est mieux à même de se protéger que les tiers. En outre, les recommandations précédentes sur la conception et l'exploitation du registre devraient garantir des procédures d'inscription rapides et efficaces. Dans un système entièrement électronique qui n'exige pas d'intervention de la part du personnel du registre, la saisie de l'avis dans le fichier et sa mise à disposition des utilisateurs sont presque simultanées et ce problème est considérablement réduit.*

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire expliquera qu'une modification peut prendre plusieurs formes telles que: i) ajout ou suppression de biens individualisés ou de types de biens grevés, ii) ajout ou suppression du nom du constituant; iii) enregistrement du changement de nom du constituant ou du créancier garanti; iv) déclaration d'une cession de la sûreté par

le créancier garanti désigné dans l'inscription initiale à un nouveau créancier garanti; ou v) déclaration d'un accord de cession de rang ou d'un engagement qui a une incidence sur une sûreté inscrite.]

Annulation ou modification d'un avis

57. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre les parties ou si la sûreté est éteinte en raison du paiement intégral ou de l'exécution complète de toutes les obligations garanties et de la fin de tout engagement d'octroyer un crédit, ou si une information contenue dans l'avis n'est pas autorisée par le constituant:

a) Le créancier garanti doit annuler ou modifier l'avis dans un délai de [...] jours suivant la demande du constituant;

b) Le constituant est en droit d'exiger l'annulation ou la modification de l'avis par une procédure simplifiée;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que le constituant peut demander l'annulation de l'avis conformément à l'alinéa b) même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa a). Dans ce cas, toutefois, il aura peut-être à supporter lui-même tous les frais en découlant (voir A/CN.9/593, par. 54). Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire fournira des orientations aux États quant à la durée du délai mentionné dans la recommandation 57 (par exemple 20 à 30 jours).*]

c) Le constituant et le créancier garanti peuvent convenir d'annuler ou de modifier l'avis.

58. La loi devrait prévoir que le créancier garanti est en droit d'annuler ou de modifier un avis à tout moment.

59. La loi devrait prévoir que le conservateur du registre devrait supprimer un avis des fichiers consultables du registre dans un bref délai après son annulation, mais que les informations figurant sur l'avis annulé et l'acte d'annulation devraient être conservés pour pouvoir être retrouvés si nécessaire.

60. [La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, [l'avis peut être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti, mais l'avis non modifié continue à produire effet] [pour continuer à produire effet, l'avis doit être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti].]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner laquelle des deux variantes présentées entre crochets dans la recommandation 60 est préférable (voir A/CN.9/593, par. 56).*]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Recommandations

VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents . . . . . 61-85 *ter*

VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents

Objet

Conformément à l'objet du Guide qui est d'encourager l'octroi de crédits garantis, les dispositions de la loi sur la priorité ont pour objet:

a) De permettre à un créancier garanti éventuel de déterminer, de manière efficace et avec un degré élevé de certitude avant de consentir un crédit, le rang de priorité qu'aurait sa sûreté par rapport aux droits des réclamants concurrents; et

b) De faciliter les opérations par lesquelles un constituant peut créer plus d'une sûreté sur le même bien et tirer ainsi parti de toute la valeur de ses biens pour obtenir des crédits.

Portée des règles de priorité

61. La loi devrait comporter un ensemble complet de règles de priorité couvrant les conflits de priorité avec tout réclamant concurrent éventuel.

Portée de la priorité

62. La loi devrait prévoir que la priorité accordée à une sûreté s'applique à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires dues au créancier garanti [à concurrence d'un montant monétaire maximum indiqué dans l'avis inscrit], y compris le principal, les frais, les intérêts et les droits, dans la mesure garantie par la sûreté.

Priorité des sûretés garantissant des obligations futures

62 *bis*. [Sous réserve de la recommandation 71,] la priorité d'une sûreté ne dépend pas de la date à laquelle l'obligation garantie a été souscrite.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'au cas où une sécurité garantissant un crédit est rendue opposable le jour 1 et que le crédit est octroyé le jour 2 puis les jours 3 et 4, la priorité compte à partir du moment où la sûreté a été rendue opposable*

(c'est-à-dire à partir du jour 1). Le commentaire expliquera aussi qu'une exception à cette règle est énoncée dans la recommandation 71 qui prévoit que, si l'obligation garantie a été souscrite après qu'un créancier judiciaire a acquis des droits sur le bien grevé, la sûreté est subordonnée aux droits du créancier judiciaire. Le Groupe voudra peut-être examiner si d'autres exceptions devraient être introduites (par exemple la superpriorité d'une sûreté en garantie d'acquisition devrait être limitée aux obligations garanties souscrites jusqu'au moment de l'acquisition des biens concernés par le bénéficiaire du transfert).]

Priorité des sûretés sur des biens futurs

62 *ter.* Une sûreté sur des biens que le constituant a acquis ou qui ont été créés après qu'une sûreté a été rendue opposable [par inscription] a le même rang de priorité que la sûreté sur des biens sur lesquels le constituant avait des droits au moment où la sûreté a été rendue opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe voudra peut-être examiner si le rang de priorité d'une sûreté sur des biens futurs devrait être le même que celui d'une priorité sur des biens actuels uniquement si une sûreté a été rendue opposable par inscription. Une telle approche pourrait se justifier, car les tiers n'auraient connaissance de l'existence éventuelle d'une sûreté qu'en cas d'inscription.*]

Accords de cession de rang

63. La loi devrait prévoir qu'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.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que, en vertu de la recommandation 63, un accord de cession de rang serait possible non seulement entre des réclamants concurrents n'ayant pas le même rang de priorité mais aussi entre des réclamants concurrents ayant le même rang de priorité (voir A/CN.9/593, par. 61). Il souhaitera peut-être aussi noter que les accords de cession de rang en cas d'insolvabilité du constituant sont traités dans la recommandation J des recommandations du présent Guide sur l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté sur un actif entrant dans la masse de l'insolvabilité a renoncé unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant."*]

Priorité entre des sûretés sur les mêmes biens grevés

64. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions d'autres recommandations du présent chapitre et du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions, une sûreté sur des biens meubles inscrite comme prévu dans la recommandation 40 ou 54 [voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5] ou rendue opposable comme prévu dans la recommandation 35 ou 36 [voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5], selon ce qui intervient en premier, a priorité sur une sûreté sur le

même bien qui a par la suite été inscrite comme prévu dans la recommandation 40 ou 54, ou rendue opposable, comme prévu dans la recommandation 35 ou 36.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que des questions de priorité se posent lorsqu'il y a des droits concurrents sur les mêmes biens, lorsque le débiteur est défaillant à l'égard de l'obligation garantie et lorsque la valeur des biens grevés n'est pas suffisante pour couvrir l'ensemble des obligations garanties. Le commentaire précisera aussi que:*

a) Entre deux sûretés inscrites dans le registre général des sûretés, la première sûreté inscrite l'emporte;

b) Entre deux sûretés inscrites dans un registre spécialisé ou notées sur un certificat de propriété, la première sûreté inscrite l'emporte (la même règle est de nouveau énoncée entre crochets dans la recommandation 65);

c) Entre une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés et une sûreté inscrite dans un registre spécialisé ou notée sur un certificat de propriété, la dernière l'emporte (du fait de la recommandation 65); et

d) Entre une sûreté inscrite (avant sa constitution) dans le registre général des sûretés ou dans un registre spécialisé ou notée sur un certificat de propriété et une sûreté (constituée et) rendue opposable, la première sûreté inscrite ou rendue opposable l'emporte.

De plus, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera aussi que, lorsqu'une sûreté n'est pas opposable, aucune question de priorité ne se pose et les sûretés ont donc le même rang. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 64 s'applique à un conflit entre deux sûretés sur les mêmes biens grevés (pour savoir si elle devrait s'appliquer aux conflits avec un acheteur et un créancier judiciaire, voir la note qui fait suite à la recommandation 68 bis*).*

De plus, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera aussi que la priorité est donnée dès son inscription à une sûreté inscrite avant sa constitution afin d'encourager l'inscription anticipée (qui informe les tiers) et de sécuriser les créanciers garantis en leur permettant de déterminer la priorité de leurs sûretés avant d'accorder un crédit. Ce motif ne s'applique pas à la possession anticipée. Une telle règle serait en outre inutile en ce qui concerne les instruments et documents négociables, car leur possession donne un droit supérieur à celui accordé par l'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2, recommandation 74, et A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recommandations 80 et 81). Pour les autres biens meubles corporels, on part du principe que la possession anticipée n'est pas pratiquée (la remise de la possession reposera toujours sur un accord concernant la sûreté). En conséquence, aucune règle générale s'inspirant de la recommandation 64 n'est introduite en ce qui concerne la possession anticipée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il existe des pratiques de financement importantes dans lesquelles le créancier garanti peut prendre possession des biens grevés avant un tel accord et, dans l'affirmative, si le créancier garanti qui a pris possession de manière anticipée devrait avoir la priorité à partir de ce moment (voir A/CN.9/593, par. 68).]

Priorité des sûretés ou des autres droits inscrits dans un registre spécialisé ou par annotation portée sur un certificat de propriété

65. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles qui a été rendue opposable conformément à la recommandation 40 [voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5] a la priorité sur [i)] une sûreté sur le même bien pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui a été rendue opposable par toute autre méthode indépendamment de l'ordre[, ii) une sûreté qui a par la suite été inscrite dans le registre spécialisé ou par annotation portée sur un certificat de propriété].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 65 ne s'applique pas à la priorité des sûretés sur des biens rattachés. Les recommandations 82 et 83 s'appliquent aux biens rattachés aux biens immeubles, la recommandation 84 s'applique aux biens rattachés aux biens meubles soumis à un système d'inscription spécialisé et la recommandation 84* bis *s'applique aux biens rattachés aux biens meubles.*]

Maintien de la priorité

66. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté est maintenue nonobstant une modification de la méthode par laquelle la sûreté est rendue opposable, à condition que l'opposabilité ne soit interrompue à aucun moment.

66 *bis*. La loi devrait prévoir que, si une sûreté a été inscrite comme dans la recommandation 35 ou 54 ou rendue opposable comme prévu dans la recommandation 35 ou 36 et qu'il y a par la suite une période pendant laquelle elle n'est ni inscrite ni opposable, elle est prioritaire à partir du moment où elle est ensuite inscrite ou rendue opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, en vertu des recommandations 38* bis *et* ter *(voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), l'opposabilité est maintenue, si elle s'interrompt, elle remonte au moment où elle a été rétablie (voir aussi les exemples donnés dans la note relative à la recommandation 38* ter*).*]

Priorité des sûretés sur le produit

67. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 67.*]

Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

68. La loi devrait prévoir que, lorsqu'une sûreté est rendue opposable, elle est maintenue sur les biens grevés aux mains d'un tiers sauf disposition expresse contraire des recommandations 68 *bis*, 69 et 69 *bis*.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la recommandation 68 est destinée à énoncer la règle selon laquelle le créancier garanti peut suivre le bien entre les mains d'un bénéficiaire du transfert (droit de suite, énoncé quelque peu différemment dans la recommandation 34* quater) *(voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5).*]

68 *bis*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté qui a été rendue opposable avant que les biens grevés ne soient vendus, loués, soumis à une licence ou qu'il n'en soit disposé autrement cesse si le constituant transfère, loue ou met sous licence les biens libres de toute sûreté avec l'autorisation du créancier garanti.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, conformément à la recommandation 64, l'inscription d'un avis sur un registre avant la constitution d'une sûreté donne la priorité sur une autre sûreté (constituée et) rendue opposable plus tard. Il voudra peut-être examiner si cette recommandation devrait s'appliquer aux conflits de priorités entre un créancier garanti et un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de biens grevés acquérant un droit sur les biens après l'inscription d'un avis mais avant la constitution effective d'une sûreté sur ces biens. On peut considérer que l'acheteur, le preneur à bail ou le titulaire d'une licence devrait alors être libre de toute sûreté opposable car, au moment où la sûreté est constituée, les biens grevés ne sont plus la propriété du vendeur ou sont détenus ou utilisés par le preneur à bail ou le titulaire de la licence. L'inconvénient d'une telle approche serait que le créancier garanti pourrait alors invoquer l'inscription anticipée pour préserver la priorité uniquement par rapport à d'autres créanciers garantis. Par rapport à ceux qui ont bénéficié d'un transfert, entre-temps il devrait mener d'autres recherches avant de pouvoir accorder en toute sécurité un crédit une fois que la sûreté existe.*

Un problème analogue se pose lorsqu'un créancier judiciaire acquiert des droits sur les biens grevés après l'inscription anticipée d'un avis relatif à une sûreté mais avant la constitution effective de la sûreté. La situation est alors quelque peu différente, car un créancier garanti n'est pas subordonné aux droits du créancier judiciaire, conformément aux recommandations du présent chapitre, tant qu'il n'a pas véritablement connaissance des droits de ce dernier; il a alors un rang inférieur pour ce qui est des avances faites après avoir eu connaissance de ces droits. Par conséquent, si la sûreté n'a pas encore été constituée lorsque le créancier judiciaire informe le créancier garanti des droits qu'il a acquis entre-temps, celui-ci peut se protéger soit en demandant au constituant de s'acquitter du jugement, soit en réduisant le crédit que le créancier garanti envisage d'accorder. Une règle analogue pourrait être adoptée pour les personnes ayant acheté les biens entre-temps. Conformément à cette approche, un acheteur, un titulaire de licence ou un preneur à bail de biens serait libéré d'une sûreté préalablement enregistrée qui n'est pas encore constituée à condition que le créancier garanti ait connaissance de la vente, du bail ou de la licence. Les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licences pourraient alors se protéger en notifiant leur opération plutôt qu'en obtenant du créancier garanti qu'il renonce concrètement à la priorité. Le créancier garanti serait aussi protégé car il aurait en fait connaissance de l'opération effectuée entre-temps avant de conclure la convention constitutive de la sûreté.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter aussi que l'application de la règle figurant dans la recommandation 68 bis *exige une comparaison de la date à laquelle une sûreté a été rendue opposable et de la date de la vente, du bail ou de la licence du bien grevé. Si la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable est en général évidente (dans la mesure où le registre indiquera la date à laquelle l'inscription a été faite), il n'en va pas nécessairement de même pour la date à laquelle une vente a eu lieu. Par exemple, un contrat concernant la vente de biens*

meubles corporels qui sont des biens grevés peut avoir été conclu entre le constituant/vendeur et l'acheteur à la date 1, ces biens peuvent avoir été expédiés à l'acheteur à la date 2 (soit parce que le contrat prévoyait l'expédition à cette date, soit pour une autre raison), ils peuvent avoir été reçus par l'acheteur à la date 3 et celui-ci peut les avoir payés à la date 4; en vertu de la loi applicable, la vente par le constituant/vendeur à l'acheteur peut avoir eu lieu à l'une quelconque de ces dates ou à une autre date encore. L'application de la règle énoncée dans la recommandation 68 exige de connaître la date à laquelle la vente a eu lieu, car la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable pourrait être antérieure à certaines de ces dates mais pas à toutes. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner si la recommandation 68 bis *(ou le commentaire qui l'accompagne) devrait donner des indications supplémentaires sur le moment auquel une vente devrait être considérée comme avoir eu lieu afin de déterminer les droits de l'acheteur sur les biens par rapport au créancier garanti. Le commentaire précisera aussi que, si le constituant d'un bien le vend avec une réserve de propriété, l'acheteur se libère de cette réserve lorsqu'il s'acquitte du prix. Avant cela, le vendeur réservataire a les droits d'un propriétaire (ou d'un créancier garanti selon qu'une approche unitaire ou non unitaire est suivie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5)).*]

69. La loi devrait aussi prévoir que:

a) Une personne qui achète des stocks grevés dans le cours normal des affaires du vendeur, acquiert ces stocks libres de la sûreté, même s'il a connaissance de l'existence de la sûreté;

b) Un preneur à bail de biens meubles corporels dans le cours normal des affaires du bailleur acquiert ses droits en vertu du bail libres de toute sûreté sur ces biens, même s'il a connaissance de l'existence de la sûreté; et

c) Un titulaire de licence dans le cours normal des affaires du donneur de licence dans le cadre d'une licence non exclusive acquiert ses droits en vertu de la licence libres de toute sûreté opposable sur les biens, même s'il a connaissance de l'existence de la sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être recommander aussi que les acheteurs de biens de consommation [de faible valeur] qui ne savent pas qu'une sûreté grève ces biens acquièrent ces derniers libres de la sûreté. Il souhaitera peut-être aussi tenir compte du fait que l'acheteur n'aurait aucun moyen de connaître l'existence d'une sûreté sur les biens car, conformément aux recommandations 36 b) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5) et 128 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5), les sûretés non liées à une acquisition grevant des biens de consommation de faible valeur et les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisition grevant des biens de consommation ne sont pas soumises à inscription (voir A/CN.9/593, par. 77).*]

69 *bis*. La loi devrait prévoir que, lorsqu'une personne acquiert un droit sur des biens grevés libres de sûreté, toute personne qui acquiert auprès d'elle par la suite un droit sur ces biens les acquiert aussi libres de la sûreté.

Priorité des créances privilégiées

70. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées naissant par l'effet de la loi qui ont priorité sur des sûretés et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être désignées dans la loi de manière claire et précise.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence devraient être libérés de toutes créances privilégiées. Comme cette question ne suppose pas de conflit de priorité avec une sûreté, elle pourra être traitée dans le commentaire.*]

Priorité des droits des créanciers judiciaires

71. La loi devrait prévoir qu'[, à l'exception des dispositions de la recommandation 130 *bis*,] une sûreté a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire procédant à la réalisation à condition qu'elle ait été rendue opposable avant que celui-ci ait obtenu [, en vertu d'une loi autre que la présente loi,] un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur des biens du constituant sur le fondement de ce jugement ou de cette décision. La priorité de la sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti dans un nombre de jours spécifié après que celui-ci a eu connaissance de l'existence des droits du créancier chirographaire procédant à la réalisation sur les avoirs mais non au crédit accordé après l'expiration de ce délai.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner: i) s'il est possible qu'une sûreté sur un bien particulier devienne opposable au moment où un créancier chirographaire acquiert, sur le fondement d'un jugement ou d'une décision judiciaire provisoire, un droit sur ce bien; et ii) dans l'affirmative, lequel de ces droits a priorité sur l'autre.*

Le problème est extrêmement important dans le cas d'une sûreté sur des biens futurs d'un constituant. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'exemple ci-après: un créancier garanti prend une sûreté sur l'ensemble des biens présents et futurs du constituant et octroie un crédit à ce dernier. Il inscrit un avis qui couvre les biens actuels et futurs. Par la suite, en vertu d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties, un créancier chirographaire du constituant obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire lui conférant un droit sur les biens actuels et futurs du constituant. Plus tard encore, le constituant achète des biens nouveaux dont il prend livraison. À ce moment il acquiert des droits sur ces biens et la sûreté sur eux est constituée et, du fait de l'inscription antérieure de l'avis, elle est immédiatement opposable. Parallèlement, le créancier chirographaire obtient un droit sur ces biens en raison du jugement ou de la décision judiciaire provisoire précédemment prononcé qui prévoit un tel droit. Le libellé actuel de la recommandation 71 dispose que le droit du créancier chirographaire a priorité sur la sûreté du créancier garanti.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si en pareil cas c'est le créancier garanti qui devrait avoir la priorité au lieu du créancier chirographaire. Ce résultat semblerait aller dans le sens des objectifs du Guide, à savoir créer une plus grande sécurité pour le créancier garanti en vue d'augmenter l'offre de crédit

meilleur marché. Il serait facile d'obtenir ce résultat, sans grande modification du texte, en ajoutant dans la première phrase de la recommandation 71 les mots "au moment où celui-ci a obtenu" immédiatement avant les mots "ou avant que celui-ci ait obtenu".

Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi si une exception à cette recommandation devrait être introduite pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions rendues opposables pendant le délai de grâce applicable (voir recommandation 130 bis *dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5). Les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions qui sont rendues opposables pendant ce délai ne devraient pas être primées par un créancier judiciaire mentionné dans la présente recommandation dont le droit sur le bien grevé est né après la constitution de la sûreté mais avant qu'elle soit rendue opposable. S'il en était autrement, l'utilisation du délai de grâce serait trop risquée pour les parties finançant l'acquisition.*

Le Groupe de travail voudra peut-être noter en outre que le commentaire expliquera que la priorité énoncée dans la recommandation 71 ne s'applique pas au crédit promis mais non octroyé avant que le créancier judiciaire ait pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens grevés. Cette approche repose sur l'hypothèse que le jugement sera un cas de défaillance dans le cadre du mécanisme de crédit permettant au créancier garanti de cesser d'accorder tout crédit.

Le commentaire expliquera aussi les incidences de cette recommandation sur certaines pratiques dans lesquelles le mécanisme de crédit ne prévoit pas de cas de défaillance, comme un engagement consistant en un engagement de garantie indépendant que l'émetteur ne peut révoquer s'il n'autorise pas la révocation du fait d'un jugement contre les biens garantissant l'obligation du constituant de le rembourser de la somme versée en vertu de l'engagement de garantie indépendant.

Le commentaire expliquera en outre que, si la priorité devait se limiter à un montant indiqué dans l'avis inscrit, le problème pourrait être résolu car les biens restants du créancier garanti permettraient de régler les créances des créanciers chirographaires (voir A/CN.9/593, par. 80 à 82). Il donnera aussi des indications sur le délai évoqué dans cette recommandation.]

Priorité des droits acquis sur des biens pour leur amélioration, leur stockage ou leur transport

72. Si une loi autre que la présente loi confère des droits équivalents à des sûretés à un créancier qui a valorisé des biens meubles corporels (par exemple en les réparant) ou en a préservé la valeur (par exemple en les stockant ou en les transportant), ces droits sont limités aux biens en possession dudit créancier, dont la valeur a été augmentée ou préservée, à concurrence de ladite valeur, et ont priorité sur les sûretés antérieures sur les mêmes biens.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que limiter la priorité accordée aux droits acquis au titre du stockage et de la réparation sur des sûretés par référence à la mesure dans laquelle les biens grevés ont été valorisés ou leur valeur préservée risque de rendre la charge de la preuve difficile et onéreuse pour les personnes qui réparent, stockent ou transportent les biens. Il souhaitera peut-être envisager de faire référence à la place à la valeur (ou à la valeur raisonnable) des services de réparation, de*

transport ou de stockage rendus concernant les biens grevés. Il serait également possible de faire référence aux dépenses raisonnables encourues par la personne qui a réparé, stocké ou transporté les biens. Ces formulations garantiraient aussi que la priorité de la personne qui a réparé, stocké ou transporté les biens est limitée aux services rendus concernant les biens grevés et éviteraient en même temps les questions délicates de preuve quant à la valeur relative des biens grevés avant et après que les services ont été rendus.]

Priorité des droits de revendication

73. Si une loi autre que la présente loi prévoit que les fournisseurs de biens meubles corporels ont le droit de revendiquer ces biens, la loi devrait prévoir que le droit de revendiquer les biens a un rang inférieur aux sûretés sur ces biens.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 73 crée une règle de droit commercial destinée à faire primer les créanciers garantis sur les droits de revendication. Ces droits peuvent naître par application de la loi en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière du constituant. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte, la loi sur l'insolvabilité applicable déterminera la mesure dans laquelle les créanciers garantis et les titulaires de droits de revendication devront arrêter leurs poursuites ou verront, d'une autre manière, leurs droits restreints (voir les recommandations 39 à 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Toutefois, la règle de priorité établie par la présente recommandation ne serait pas affectée par la procédure d'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, projet de recommandation supplémentaire 1). Le commentaire expliquera aussi, dans l'intérêt des États qui adoptent une approche non unitaire, que le droit de revendication n'inclut pas la réserve de propriété.*]

Priorité des droits des créanciers dans une procédure d'insolvabilité

[*Note à l'intention du Groupe de travail: voir la recommandation I dans les recommandations du présent Guide relatives à l'insolvabilité (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, une autre créance se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 88 du Guide sur l'insolvabilité."*]

Priorité des sûretés sur des instruments négociables

74. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2, rec.74.*]

Priorité des sûretés sur des droits de recevoir le produit du tirage des engagements de garantie indépendants

75. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, rec. 62.*]

Priorité des sûretés sur des comptes bancaires

76. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, rec. 76.*]

77. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, rec. 77.*]

78. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, rec. 78.*]

Priorité des sûretés sur l'argent

79. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'argent grevé d'une sûreté détient cet argent libre de la sûreté, que l'argent représente un bien initialement grevé ou un produit, à moins que cette personne agisse en collusion avec l'auteur du transfert pour priver le créancier garanti de sa sûreté sur l'argent. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des détenteurs de sommes d'argent en vertu d'une loi autre que la présente loi.

[*Note à l'intention du groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 79 est destinée à promouvoir l'objectif important de maximisation de la négociabilité de l'argent en limitant cette négociabilité uniquement lorsque cela est nécessaire pour protéger le détenteur d'une sûreté sur l'argent contre la collusion du bénéficiaire et de l'auteur d'un transfert de cet argent. Cette recommandation est censée faire pendant à la recommandation 78 relative aux sûretés sur des fonds transférés depuis un compte bancaire.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que le commentaire précisera que le mot "argent" dans le Guide vise à désigner uniquement la monnaie ayant cours légal, c'est-à-dire la monnaie courante en usage comme moyen d'échange autorisé par les pouvoirs publics. Le terme "argent" est employé dans la langue courante pour désigner d'autres formes de biens, mais il ne s'agit pas d'argent aux fins du Guide. Par exemple, si une personne dépose de l'argent sur son compte bancaire, elle parle souvent de l'argent (ou des liquidités) qu'elle a en banque, alors qu'en réalité il s'agit, dans le Guide, "de fonds crédités sur un compte bancaire" et la créance du déposant sur la banque est désignée dans le Guide comme un "droit au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire". De même, à la suite du dépôt d'un chèque, l'avoir du déposant n'est plus un instrument négociable mais des fonds crédités sur un compte bancaire. En outre, l'argent détenu par un marchand de monnaie dans le cadre d'une collection n'est plus de l'"argent" au sens du Guide.

Le Guide traite des sûretés sur l'argent à la fois en tant que bien initialement grevé et en tant que produit d'une autre forme de bien grevé. Un exemple de ce dernier cas serait la réception, par un vendeur qui a accordé une sûreté sur ses créances de sommes d'argent, du paiement de ses factures non acquittées en argent (et non par chèque ou par transfert électronique de fonds). Conformément au Guide, l'argent entre les mains du vendeur serait le produit de la créance du vendeur et le créancier garanti aurait une sûreté sur l'argent en tant que produit. De même, si une personne ayant accordé une sûreté sur un matériel vend ce dernier à une personne qui le règle en espèces, l'argent entre les mains du vendeur constitue un produit du matériel et est grevé de la sûreté.

Comme l'argent, les fonds crédités sur un compte bancaire peuvent faire l'objet de sûretés, soit en tant que biens initialement grevés, soit en tant que produits. Si l'argent et les chèques faisaient l'objet d'une sûreté en faveur du créancier du déposant, les fonds crédités sur le compte bancaire seraient dans les deux cas le produit du bien grevé préexistant (l'argent ou l'instrument négociable).

Si le crédit sur le compte bancaire du déposant résulte d'un transfert électronique de fonds par un tiers en paiement d'une créance de somme d'argent due par l'émetteur au déposant, les fonds crédités sur le compte bancaire seraient le produit des fonds grevés préexistants (la créance de somme d'argent).

Chaque disposition du Guide, par exemple les règles applicables à la constitution, l'opposabilité, la priorité, etc., s'applique à tous les biens grevés, sauf dans la mesure ou une règle spéciale s'applique à un type particulier de bien. Il faut donc toujours vérifier s'il existe une règle particulière concernant l'argent ou le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

Exemple important de règle particulière, celle qui régit les droits du bénéficiaire d'un transfert de i) d'argent qui, entre les mains de l'auteur du transfert, faisait l'objet d'une sûreté; et ii) de fonds qui ont été transférés d'un compte bancaire sur lequel ils faisaient l'objet d'une sûreté alors qu'ils étaient la propriété de l'auteur du transfert et crédités sur ce compte bancaire. Compte tenu de la nécessité de préserver la négociabilité de l'argent et des fonds transférés de comptes bancaires, le Guide prévoit des règles spéciales pour protéger les bénéficiaires de transferts de tels biens.

En ce qui concerne l'argent et les fonds crédités sur un compte bancaire, il est important de se concentrer sur la question de savoir si le point examiné concerne i) ces deux biens en tant que propriété du constituant ou ii) les droits de tiers bénéficiaires d'argent ou de fonds transférés du compte bancaire du constituant. Le paragraphe précédent, qui porte sur la règle régissant les droits des bénéficiaires de transferts (la deuxième catégorie) illustre cette distinction. Il est distinct de la règle (première catégorie) qui régit un conflit de priorité entre une sûreté sur de l'argent ou sur des fonds crédités sur un compte bancaire par rapport à un réclamant concurrent lorsque le constituant est encore propriétaire du bien grevé (c'est-à-dire ne l'a pas transféré).]

Priorité des sûretés sur des documents négociables

80. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, rec. 80.*]

81. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, rec. 81.*]

Priorité des sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles

82. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 82.*]

83. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 83.*]

Priorité des sûretés sur des biens rattachés à des biens meubles soumis à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété

84. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 84.*]

84 *bis*. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 84* bis.]

Priorité des sûretés sur des masses de biens meubles corporels ou de produits finis

85. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 85.*]

85 *bis*. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 85* bis.]

85 *ter*. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 85* ter.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Recommandations
I.	Principaux objectifs	1
II.	Champ d'application	2-4
III.	Approches fondamentales en matière de sûretés	5-6
IV.	Constitution de la sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	7-34

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

I. Principaux objectifs

Objet

L'objet des recommandations relatives aux principaux objectifs est de fournir un cadre général pour la mise en place et le développement d'une loi rationnelle et efficace sur les opérations garanties. Ces recommandations pourraient être incluses dans le préambule de la loi sur les opérations garanties (ci-après "la loi") en tant que guide des principes législatifs fondamentaux à prendre en considération pour interpréter celle-ci.

Principaux objectifs

1. Il faudrait prendre en considération les principaux objectifs ci-après:

a) Promouvoir le crédit garanti;

b) Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque intégrale des biens afin de faciliter le crédit dans un large éventail d'opérations de crédit;

c) Obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace;

d) Reconnaître l'autonomie des parties;

e) Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit;

f) Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession;

g) Encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence;

h) Établir des règles de priorité claires et prévisibles;

i) Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace;

j) Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées; et

k) Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois.

II. Champ d'application

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives au champ d'application est de spécifier les parties, les sûretés réelles mobilières, les obligations garanties et les biens auxquels la loi s'applique.

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés

2. La loi devrait s'appliquer à toutes les parties et à tous les types de sûretés réelles mobilières, d'obligations garanties et de biens grevés. Les exceptions devraient être limitées et clairement énoncées dans la loi.

3. En particulier, la loi devrait disposer qu'elle s'applique:

a) Aux personnes morales et physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

b) Aux sûretés réelles créées contractuellement pour garantir tous types d'obligations, y compris les obligations futures, les obligations dont le montant fluctue et les obligations décrites en termes génériques;

c) Aux sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession sur des biens meubles et des biens rattachés garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables;

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d'argent, les instruments négociables, les documents négociables, les fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les expressions "droits sur le produit d'un engagement de garantie indépendant" et "droits sur un compte bancaire" à la place des expressions qui sont actuellement utilisées dans l'ensemble du projet de guide. L'expression "droits sur le produit d'un engagement de garantie indépendant" tient compte du fait que le bien grevé n'est pas le droit de demander paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant ou le produit même, et elle est plus courte que l'expression actuellement utilisée. De même, l'expression "droits sur les*

comptes bancaires" tient compte du fait que le bien grevé n'est pas la relation banque-client.]

e) Aux sûretés réelles mobilières acquises par transfert de propriété et à tous les autres types de droits garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, quelle que soit la forme de l'opération et que la propriété des biens grevés soit détenue par le créancier garanti ou par le constituant, y compris les différentes formes de réserve de propriété, de crédits-bails et d'accords de location-vente;

f) En général, aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe travail voudra peut-être noter que la définition de l'expression "créance de somme d'argent" au paragraphe 21 o) du document A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation par une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire. La recommandation 3 f) ne s'applique donc pas au transfert pur et simple d'un instrument négociable, d'un engagement de garantie indépendant ou d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Les recommandations s'appliquent toutefois aux transferts de ces biens à titre de garantie, car ils sont traités comme des opérations garanties. Par exemple, le transfert à titre de garantie d'un droit au paiement de fonds sur un compte bancaire est considéré comme un mode de prise de contrôle (voir la définition du terme "contrôle" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). Pour ce qui est de la question de savoir si les transferts purs et simples d'instruments négociables devraient être inclus dans le champ d'application du projet de guide, voir la note qui suit la recommandation 3 f) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.26.*]

g) [Aux types de biens qui sont soumis à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou de certificat de propriété ainsi qu'à d'autres modes d'opposabilité régis par des lois spéciales (tels que l'inscription en compte ou l'accord de contrôle), y compris les valeurs mobilières, les biens immeubles,] aux aéronefs, navires et biens rattachés dans la mesure où les recommandations de la présente loi ne sont pas incompatibles avec des lois spéciales ou des obligations internationales existantes de l'État concernant ces biens. En cas d'incompatibilité directe, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces autres lois et obligations internationales régissent les biens en question là où il y a incompatibilité;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les valeurs mobilières et les biens immeubles sont exclus du champ d'application du projet de guide en tant que biens initialement grevés (voir rec. 4 a) et b) ci-dessous). Ils peuvent toutefois être affectés par les recommandations du projet de guide dans deux cas.*

Premièrement, si une sûreté réelle mobilière portant sur des valeurs mobilières ou une hypothèque garantit une créance de somme d'argent, un instrument négociable ou une autre obligation et que la créance de somme d'argent soit cédée, la sûreté réelle mobilière sur les valeurs mobilières ou l'hypothèque suit. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les prescriptions en matière de priorité ou de réalisation qui existent en vertu de la loi sur les valeurs mobilières ou

les biens immeubles (voir rec. 16 dans A/CN.9/WG.VI/WP.26). Par exemple, une sûreté réelle mobilière sur des valeurs mobilières intermédiées, qui a été rendue opposable aux tiers par une inscription en compte ou un contrôle en vertu de la loi sur les valeurs mobilières aura la priorité, ce qui est conforme aux dispositions des articles 5-3 et 10-1 du projet de convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (voir Étude LXXVIII-Doc.42, mars 2006).

En outre, les valeurs mobilières ou biens immeubles peuvent être affectés par les recommandations de projet de guide s'ils constituent le produit d'un bien visé par le projet de guide (par exemple stocks ou fonds crédités sur un compte bancaire). La sûreté réelle mobilière sur les biens initialement grevés reste valable sur le produit (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add. 4, rec. 29 et 30). La question de savoir si un acte distinct est nécessaire pour que la sûreté réelle mobilière sur le produit soit opposable aux tiers n'a pas encore été tranchée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 41 et 41 bis*). Toutefois, si le produit est un type de bien qui n'est pas visé par les recommandations du projet de guide, un acte distinct peut être nécessaire en vertu d'une autre loi, quelles que soient les conclusions des discussions au sujet des recommandations 41 et 41* bis.

Afin de mieux tenir compte du fait que le Guide peut avoir des incidences sur les valeurs mobilières et les biens immeubles, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une exclusion limitée selon le libellé placé entre crochets dans la recommandation 3 g) conviendrait mieux qu'une exclusion pure et simple selon la recommandation 4 a) et b).

Si le Groupe de travail faisait sienne cette approche, il faudra peut-être élargir la portée de la recommandation 40 pour préserver d'autres modes d'opposabilité aux tiers en sus de l'inscription dans un registre spécialisé ou de l'annotation sur un certificat de propriété (inscription en compte ou accord de contrôle) et il pourrait être nécessaire d'ajouter une recommandation nouvelle s'inspirant des recommandations 83 et 85 pour protéger la priorité des droits rendus opposables à l'aide de l'une de ces méthodes spéciales.

Cette approche serait conforme à l'approche adoptée dans le projet de guide en ce qui concerne les biens rattachés aux biens immeubles ou aux biens meubles soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou de certificat de propriété (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 46, 46 bis*, 82, 83, 84 et 84* bis*) selon laquelle une sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles est subordonnée à une sûreté sur les biens immeubles concernés ou sur les biens immeubles concernés soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou de certificat de propriété, à moins d'être inscrite en premier sur le registre immobilier ou sur le registre spécialisé ou d'être consignée sur le certificat de propriété correspondant respectivement.*

En outre, cette démarche serait compatible avec le projet de convention d'Unidroit. L'article 10-1 de ce projet de convention dispose qu'une sûreté réelle mobilière sur des valeurs mobilières (en tant que biens initialement grevés ou produit) qui a été rendue opposable aux tiers en vertu du projet de convention prime une sûreté réelle mobilière rendue opposable aux tiers en vertu d'une loi autre que le projet de convention (c'est-à-dire une loi fondée sur les recommandations du projet de guide). La raison d'être de cette approche est que l'on ne pourrait pas

s'en remettre à un système d'inscription en compte ou fondé sur le contrôle établi par le projet de convention si une sûreté réelle mobilière sur des valeurs mobilières intermédiées constituée et rendue opposable en vertu d'une autre loi prime la sûreté régie par la Convention.

Par ailleurs, en procédant ainsi on éviterait l'exclusion du champ d'application du projet de guide des valeurs mobilières détenues directement dans la mesure où celles-ci ne sont pas soumises à une législation spéciale quelconque (même le projet de convention d'Unidroit ne s'applique pas aux valeurs mobilières détenues directement). Il ne persisterait ainsi aucune lacune en ce qui concerne par exemple les sûretés réelles mobilières sur les actions d'une filiale, qui sont toutes détenues par la société mère, puisque ces sûretés réelles mobilières sont concernées par de nombreuses opérations commerciales d'emprunt.

Pour ce qui est d'un autre domaine, le projet de guide traite des sûretés réelles mobilières sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant mais non des sûretés réelles mobilières sur les engagements de garantie indépendants. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faut indiquer explicitement ce fait dans les recommandations. Ceci pourrait être fait par l'insertion dans la recommandation 3 g) d'une exclusion limitée libellée comme suit: "et aux engagements de garantie indépendants dans la mesure où les recommandations de la présente loi ne sont pas incompatibles avec des lois et pratiques spéciales". Quoi qu'il en soit, le commentaire devrait expliquer que, si un bien qui n'entrerait normalement pas dans le champ d'application des recommandations du projet de guide est soumis auxdites recommandations parce qu'il constitue le produit d'un bien entrant dans le champ d'application du projet de guide ou garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou de toute autre obligation relevant du projet de guide, la création, l'opposabilité et les règles de conflit relatives à ces questions sont régies par les recommandations du projet de guide, alors que les questions relatives aux droits des tiers, au rang de priorité, à la réalisation et aux règles de conflits demeurent soumises à une loi autre que le projet de guide.

Si le Groupe de travail décide de maintenir l'exclusion pure et simple des sûretés réelles mobilières sur les valeurs mobilières (ou les valeurs mobilières détenues indirectement) et les biens immeubles et d'ajouter à la liste qui figure à la recommandation 4 les engagements de garantie indépendants, au lieu des exclusions limitées proposées ci-dessus, il voudra peut-être envisager d'insérer le texte proposé à la dernière phrase du paragraphe qui précède dans une recommandation.]

h) Aux droits de propriété intellectuelle dans la mesure où les recommandations de la présente loi ne sont pas incompatibles avec des lois ou des obligations internationales existantes de l'État concernant ces biens. Un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au présent Guide devrait déterminer s'il conviendrait d'adapter certaines des recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. À cet égard, l'État devrait examiner ses lois existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux en la matière et, dans les cas où les recommandations du Guide seraient directement incompatibles avec une de ces lois ou obligations, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces lois et

obligations régissent la question là où il y a incompatibilité. Lorsqu'il examine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous les aspects et tenir dûment compte à la fois de la nécessité de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et de celle d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.

4. [Sauf dans la mesure limitée prévue dans les recommandations 16 et 37 relatives à un droit personnel ou réel qui garantit une créance de somme d'argent, un instrument négociable ou une autre obligation, qui entre dans le champ d'application du Guide,] la loi ne devrait pas s'appliquer aux sûretés réelles mobilières portant sur:

a) Des valeurs mobilières;

b) Des immeubles, à l'exception des biens qui leur sont rattachés;

c) Des salaires;

d) [Des biens dont un individu ou un membre de son ménage a besoin pour gagner sa vie, assurer sa subsistance ou protéger sa santé].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: À la place de l'exclusion pure et simple prévue dans la recommandation 4 d), le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager une exclusion limitée des recommandations du chapitre sur la réalisation. Selon cette approche, la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur ces biens serait soumise aux mêmes exceptions qui s'appliquent en vertu du droit procédural général à l'exécution des droits des créanciers judiciaires sur ces biens (voir la note qui suit la recommandation 3 g) ci-dessus et la recommandation 39* bis *dans A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5). Que le Groupe de travail se décide pour une exclusion limitée ou une exclusion pure et simple des valeurs mobilières et des biens immeubles, le texte placé entre crochets (voir A/CN.9/603, par. 21) peut être retenu dans la recommandation 4 et éventuellement inséré aussi dans la recommandation 3 g).*]

III. Approches fondamentales en matière de sûretés

Objet

L'objet des recommandations relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés est de faire en sorte que la loi s'applique de manière globale et cohérente à tous les types d'opérations qui fonctionnent comme une sûreté.

Approche globale

5. La loi devrait comprendre un ensemble complet et cohérent de dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières sur les biens meubles corporels et incorporels.

Approche fonctionnelle

6. La loi devrait traiter comme des opérations garanties tous les mécanismes qui remplissent des fonctions de sûreté, y compris le transfert de la propriété de biens meubles corporels ou la cession pure et simple de créances de sommes d'argent à titre de garantie, la réserve de propriété, les crédits-bails et les accords de location-vente, sauf dans la mesure où la recommandation 125 en dispose autrement [voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5].

IV. Constitution de la sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à la constitution est de spécifier de quelle manière une sûreté sur un bien meuble est constituée (c'est-à-dire devient efficace entre les parties).

Constitution d'une sûreté réelle mobilière par convention

7. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière est constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti, qui revêt la forme d'un écrit [signé par le constituant conformément à la recommandation 10] [qui atteste l'intention du constituant d'octroyer une sûreté] ou s'accompagne de la dépossession du constituant.

Contenu minimum de la convention constitutive de sûreté

8. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté doit, au minimum, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire raisonnablement l'obligation garantie et les biens devant être grevés. Une description générique de l'obligation garantie et des biens grevés devrait être suffisante.

Forme

9. La loi devrait spécifier qu'une communication électronique satisfait à l'exigence d'un écrit si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).

10. [La loi devrait aussi spécifier que, sauf si elle en dispose autrement, lorsqu'elle exige la signature d'une personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier cette personne et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière (voir l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).]

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

11. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures, les obligations conditionnelles et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également spécifier qu'une telle sûreté peut être octroyée sur tous les types de biens, y compris des fractions de biens, des droits indivis sur des biens et des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne peut pas encore disposer ou qui n'existent pas encore au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, ainsi que sur le produit. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement décrites dans la loi.

12. La loi devrait préciser qu'une sûreté réelle mobilière peut être consentie sur l'ensemble des biens d'un constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire traite d'une approche adoptée dans certains systèmes juridiques, qui consiste à réserver, en cas d'insolvabilité du constituant d'une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble de ses biens (pour l'examen des sûretés assises sur un ensemble de biens, voir ACN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 20 à 25), un certain pourcentage de la valeur des biens grevés aux créanciers chirographaires (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 33 à 35). Toutefois, pour les raisons exposées dans le commentaire, le projet de guide ne recommande pas cette approche (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, priorité des droits des créanciers dans une procédure d'insolvabilité).*]

Constitution de sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent

13. [Pour les recommandations relatives aux créances de sommes d'argent, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

24. [Pour les recommandations relatives aux instruments négociables, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant

25. [Pour les recommandations relatives aux engagements de garantie indépendants, voir A/CN.9/WG.VI/WP.24.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur les fonds crédités sur un compte bancaire

26. [Pour les recommandations relatives aux fonds crédités sur des comptes bancaires, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable

28. [Pour les recommandations relatives aux documents négociables, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un produit

29. [Pour les recommandations relatives au produit, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés

31. [Pour les recommandations relatives aux biens rattachés, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des masses de biens meubles corporels ou produits finis

32. [Pour la recommandation relative aux masses de biens meubles corporels ou produits finis, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.]

Moment de la constitution

33. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties, une sûreté réelle mobilière prend effet entre elles à la première des deux dates suivantes, le moment où la convention constitutive de sécurité est conclue ou le moment où le constituant est dépossédé.

34. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties, une sûreté réelle mobilière portant sur des biens futurs est constituée au moment où le constituant acquiert des droits sur ces biens ou le droit de transférer des droits sur ces biens.

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-14
XI.	Questions de droit transitoire	1-14
	A. Remarques générales (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8)	1-14
	1. Nécessité de dispositions transitoires	1-5
	2. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires	6-14
	a. Généralités	6
	b. Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur	7
	c. Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur	8-9
	d. Conflits de priorité	10-13
	e. Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral	14
	B. Recommandations (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)	

XI. Questions de droit transitoire

A. Remarques générales (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8)

1. Nécessité de dispositions transitoires

1. La nouvelle législation sur les opérations garanties contiendra des dispositions différentes de celles de la loi antérieure, ce qui aura un impact évident sur les opérations garanties postérieures à son adoption. Son effet sur les opérations existantes conclues avant son adoption doit aussi être examiné. Compte tenu des différences entre l'ancien régime juridique et le nouveau et de la continuité des opérations conclues et des sûretés mobilières constituées sous l'empire du régime antérieur, il importera, pour le succès de la nouvelle législation, que celle-ci énonce des règles équitables et efficaces de transition entre les dispositions anciennes et les nouvelles. Des dispositions transitoires sont également nécessaires lorsque, en vertu des règles de conflit de lois du régime antérieur, la loi d'un autre État régissait la constitution d'une sûreté, son opposabilité ou sa priorité. Deux questions liées à la transition entre l'ancien et le nouveau régime doivent être examinées. La nouvelle législation devrait préciser, premièrement, à quelle date elle prendra effet

juridiquement ("date d'entrée en vigueur") et, deuxièmement, dans quelle mesure, éventuellement, elle s'applique, après la date d'entrée en vigueur, aux questions concernant les opérations ou les sûretés antérieures à cette date.

2. Il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs pour déterminer la date d'entrée en vigueur. Un compromis doit être trouvé entre, d'une part, l'exploitation rapide des avantages économiques de la nouvelle législation et, d'autre part, la nécessité d'éviter de déstabiliser ou de perturber les marchés qui seront régis par elle et de laisser aux acteurs de ces marchés suffisamment de temps pour se préparer à réaliser des opérations dans le cadre de cette législation, qui peut être très différente de la loi antérieure. Un État peut donc décider que la nouvelle législation devrait entrer en vigueur quelque temps après son adoption afin que ces marchés et leurs acteurs adaptent leurs opérations en conséquence. Lorsqu'ils détermineront la date d'entrée en vigueur, les États pourraient examiner: l'impact de cette date sur les décisions d'octroyer des crédits; la maximisation des avantages découlant de la nouvelle législation; les mesures qu'ils doivent prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'ils doivent apporter aux infrastructures; l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures; l'harmonisation de la nouvelle législation sur les opérations garanties avec d'autres lois; les limites constitutionnelles de la rétroactivité de la nouvelle législation; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois).

3. Comme les dettes garanties par les sûretés prises sur des biens du constituant sont souvent remboursables sur une certaine durée, de nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront probablement d'exister à cette date et après, garantissant ainsi des dettes qui n'ont pas encore été payées. En conséquence, comme cela a été indiqué ci-dessus, une autre décision importante doit être prise pour toute nouvelle législation, à savoir déterminer dans quelle mesure, éventuellement, cette dernière régira les questions concernant les opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur.

4. Une solution serait que la nouvelle législation ne s'applique que pour l'avenir et donc qu'elle ne régisse pas les opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur. Bien que cette solution puisse présenter un certain attrait, en particulier pour les questions qui se posent entre le constituant et le créancier garanti, elle créerait d'importants problèmes, notamment en ce qui concerne le classement des sûretés. Le principal de ces problèmes serait la nécessité de régler des conflits de priorité entre un créancier garanti ayant obtenu sa sûreté avant la date d'entrée en vigueur et un créancier garanti concurrent ayant obtenu sa sûreté sur le même bien après cette date. Du fait que la notion de priorité implique une comparaison et que la même règle de classement doit s'appliquer aux deux sûretés qui sont comparées, il est impossible que les règles antérieures régissent le rang de la sûreté du créancier antérieur à la date d'entrée en vigueur et que les nouvelles règles régissent le rang de la sûreté du créancier postérieur. Naturellement, la détermination de la règle de classement à appliquer à ce conflit ne va pas sans difficulté. L'application des règles antérieures en l'espèce aurait essentiellement pour effet de retarder l'efficacité de certains des principaux aspects de la nouvelle législation, si bien que les avantages économiques importants qu'offre cette dernière pourraient tarder considérablement à se matérialiser. D'un autre côté, l'application des nouvelles règles pourrait injustement léser les parties qui se sont fondées sur la loi antérieure et risquerait

également de les inciter à contester la nouvelle législation ou à préconiser une date d'entrée en vigueur trop éloignée.

5. Selon une autre solution, on pourrait assurer une plus grande sécurité juridique et une concrétisation plus rapide des avantages économiques de la nouvelle législation en appliquant cette dernière à toutes les opérations à compter de la date d'entrée en vigueur, tout en prévoyant cependant les "dispositions transitoires" nécessaires pour ménager une transition efficace entre l'ancien régime et le nouveau sans que les sûretés perdent le rang prioritaire qu'elles occupaient avant cette date. Cette solution permettrait d'éviter les problèmes décrits ci-dessus mais également de concilier, de manière équitable et efficace, les intérêts des parties qui ont observé la loi antérieure avec les intérêts des parties qui se conforment à la nouvelle loi.

2. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires

a. Généralités

6. Étant donné que de nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront d'exister après cette date et risquent d'entrer en concurrence avec des sûretés créées postérieurement, il importe que la nouvelle législation contienne des dispositions transitoires claires qui déterminent dans quelle mesure elle s'appliquera à ces sûretés préexistantes. Ces dispositions transitoires devraient répondre de manière appropriée tant aux attentes établies des parties qu'à la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans les opérations futures. Elles devront indiquer dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, dans les relations entre les parties à une opération ayant donné naissance à une sûreté avant cette date. Elles devront également préciser dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, au règlement des conflits de priorité entre le titulaire d'une sûreté et un réclamant concurrent, lorsque la sûreté ou le droit de ce dernier a été créé avant cette date.

b. Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

7. Lorsqu'une sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, deux questions se posent en ce qui concerne l'efficacité de cette sûreté dans les relations entre le constituant et le créancier. La première est de savoir si une sûreté qui n'était pas effectivement constituée en vertu de la loi ancienne mais qui remplissait toutes les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle devrait devenir efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci. La seconde est de savoir si une sûreté qui avait effectivement été constituée en vertu de la loi ancienne mais qui ne remplissait pas les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle devrait cesser d'être efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci. Une telle approche reconnaîtrait que les règles de constitution d'une sûreté prévues dans la nouvelle législation reflètent les choix les plus récents de l'État, lesquels tiennent compte de la protection des parties aux opérations, et que d'une manière générale les parties elles-mêmes préféreraient probablement qu'une opération conclue par elles soit efficace. S'agissant de la première question, il faudrait envisager de rendre la sûreté efficace à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Pour ce qui est de la seconde, il pourrait être établi une période transitoire pendant laquelle la sûreté resterait efficace entre les parties, afin que le créancier puisse prendre les mesures nécessaires pour constituer cette sûreté conformément à la nouvelle loi. À l'expiration de cette

période, si les mesures nécessaires n'avaient pas été prises, la sûreté cesserait d'être efficace conformément à la nouvelle loi.

c. Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

8. Différentes questions se posent en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers d'une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur. Étant donné que la nouvelle législation contiendra des dispositions d'ordre public sur les mesures appropriées à prendre pour rendre une sûreté opposable, il est préférable qu'elle s'applique aussi largement que possible. Cependant, il peut être déraisonnable d'exiger d'un créancier dont la sûreté était opposable en vertu du régime juridique antérieur de l'État (ou de la législation de l'État dont la loi régissait l'opposabilité conformément aux règles de conflit de lois du régime antérieur) qu'il se conforme immédiatement à toute prescription supplémentaire de la nouvelle loi. Cette exigence serait particulièrement difficile à satisfaire pour les créanciers institutionnels, qui seraient tenus de se conformer simultanément aux prescriptions supplémentaires de la nouvelle loi pour une multitude d'opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur. Il serait préférable qu'une sûreté qui était opposable en vertu du régime juridique antérieur mais qui ne le serait pas en vertu des dispositions nouvelles demeure opposable pendant une période raisonnable (fixée dans la nouvelle loi) afin que le créancier ait le temps de prendre les mesures nécessaires conformément à cette dernière. À l'expiration de la période transitoire, la sûreté ne serait plus opposable, sauf si elle l'était devenue en application de la nouvelle loi.

9. Si la sûreté n'était pas opposable en vertu du régime juridique antérieur, mais est opposable en application des nouvelles dispositions, elle devrait l'être dès la date d'entrée en vigueur. Là encore, on suppose que les parties avaient l'intention que la sûreté soit efficace entre elles et que les tiers sont protégés dans toute la mesure prévue par les nouvelles dispositions.

d. Conflits de priorité

10. Des questions tout à fait autres se posent dans le cas des conflits de priorité. Ceux-ci impliquent en effet nécessairement l'application d'une série de règles à deux sûretés différentes (ou plus) constituées à des dates différentes. Un système juridique ne saurait prévoir simplement que la règle de classement en vigueur à la date de constitution d'une sûreté régit le rang de cette dernière, car une telle règle n'apporterait pas de réponse cohérente lorsqu'une des sûretés que l'on compare a été constituée sous l'empire de l'ancien régime et l'autre en vertu du nouveau régime. Il doit plutôt prévoir des règles pour chacune des situations suivantes: i) lorsque les deux sûretés sont constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation; ii) lorsque les deux sûretés sont constituées avant cette date; et iii) lorsqu'une sûreté est constituée avant la date d'entrée en vigueur et l'autre après.

11. La situation la plus simple est naturellement celle où il y a un conflit de priorité entre deux parties ayant chacune obtenu une sûreté après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation. Il est clair dans ce cas que les règles de classement prévues dans la nouvelle législation devraient s'appliquer au règlement de ce conflit.

12. Inversement, si les deux sûretés concurrentes ont été constituées avant la date d'entrée en vigueur (et, partant, le rang de chaque sûreté sur les biens grevés a été établi avant cette date) et si, en outre, aucun événement (autre que l'entrée en vigueur) de nature à modifier ce rang n'est survenu, la stabilité des relations laisse penser que le rang attribué à chaque sûreté avant la date d'entrée en vigueur devrait rester inchangé. Si, en revanche, il se produit après la date d'entrée en vigueur un événement qui aurait eu un effet sur le classement des sûretés même sous l'empire du régime juridique antérieur (par exemple si une sûreté devient ou cesse d'être opposable), il y a moins de raisons de continuer à soumettre aux règles anciennes un conflit de priorité qui a été modifié par une action postérieure à cette date. En conséquence, il est beaucoup plus justifié d'appliquer les nouvelles dispositions à une telle situation.

13. La situation la plus complexe est celle où il y a conflit de priorité entre une partie dont la sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur et une autre partie dont la sûreté a été créée après. Dans ce cas, s'il est préférable que les règles nouvelles s'appliquent à terme, il convient de prévoir une disposition transitoire protégeant le rang du créancier qui a obtenu sa sûreté en vertu du régime ancien pendant qu'il prend toutes les mesures nécessaires pour maintenir cette protection dans le cadre du nouveau régime. Si ces mesures sont prises dans les délais prescrits, la nouvelle législation devrait octroyer au créancier la priorité qu'il aurait eue si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises à ce moment-là.

e. Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral

14. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (ou d'une procédure de règlement des litiges comparable, telle qu'une procédure d'arbitrage) à la date d'entrée en vigueur, les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend. Par conséquent, ce nouveau régime ne devrait pas être appliqué au règlement du différend.

B. Recommandations (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)

Objet

L'objet des dispositions transitoires de la loi est d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime antérieur à l'adoption de la loi et le régime postérieur.

Date d'entrée en vigueur

155. La loi devrait spécifier une date (ou un mécanisme permettant de spécifier une date), postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur"). Pour déterminer la date d'entrée en vigueur, les États devraient tenir compte:

a) De l'impact de cette date sur les décisions d'octroyer des crédits et, en particulier, la maximisation des avantages pouvant découler de la loi;

b) Des mesures que l'État doit prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'il doit apporter aux infrastructures;

c) De l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures;

d) De l'harmonisation de la loi avec d'autres textes législatifs;

e) Du contenu des règles constitutionnelles en ce qui concerne les opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur; et

f) De la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple, le premier jour du mois); et

g) De la nécessité de donner aux personnes concernées suffisamment de temps pour se préparer à la loi.

Période transitoire

156. La loi devrait fixer une période après la date d'entrée en vigueur ("période transitoire"), durant laquelle une sûreté qui a été constituée et rendue opposable en vertu du régime juridique antérieur continue d'exister et demeure opposable et durant laquelle le créancier garanti peut prendre toutes mesures nécessaires pour s'assurer que la sûreté est constituée et rendue opposable en vertu de la nouvelle loi. Si ces mesures sont prises pendant la période transitoire (ou une période plus longue prévue dans la recommandation 158), la loi devrait prévoir que l'existence et l'opposabilité de la sûreté sont continues.

157. Si, en vertu de la loi de l'État (ou des États) dont la loi régissait la constitution d'une sûreté et son opposabilité conformément aux règles de conflit de lois du régime juridique antérieur, la sûreté était constituée mais n'avait pas été rendue opposable, la loi devrait prévoir que la sûreté continue d'exister durant la période transitoire, et si, durant cette période, le créancier garanti prend toutes mesures nécessaires pour s'assurer que la sûreté est constituée conformément à la nouvelle loi, la loi devrait prévoir que l'existence de la sûreté est continue.

158. Si, en vertu de la loi de l'État (ou des États) dont la loi régissait la constitution d'une sûreté et son opposabilité conformément aux règles de conflit de lois du régime juridique antérieur, la sûreté était constituée et avait été rendue opposable par inscription d'un avis la concernant, la loi devrait prévoir que la sûreté demeure opposable i) jusqu'à la date à laquelle l'inscription cesse d'avoir effet en vertu de la loi de cet État ou ii) [X] années après la date d'entrée en vigueur, si cette période est plus courte.

Priorité

159. Sous réserve des recommandations 160 et 161, la loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté sur les droits d'un réclamant concurrent est régie par la nouvelle loi.

160. La loi devrait prévoir que, si une sûreté et le droit d'un réclamant concurrent ont été créés (ou, dans le cas du droit du réclamant concurrent, a pris naissance) avant la date d'entrée en vigueur, et que depuis lors le rang de priorité d'aucun des deux n'a changé, la priorité de la sûreté sur le droit du réclamant concurrent est déterminée par la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur

dans l'État dont la loi régissait la priorité conformément aux règles de conflit de lois du régime juridique antérieur. Le rang de priorité d'une sûreté a changé si i) en application des règles énoncées dans les recommandations 156 à 158, elle était opposable à la date de l'entrée en vigueur et a cessé de l'être ensuite ou ii) elle n'était pas opposable à la date de l'entrée en vigueur et l'est devenue ensuite.

161. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (ou est soumis à un mécanisme de règlement des litiges comparable) ou que le créancier garanti a pris des mesures pour réaliser sa sûreté à la date d'entrée en vigueur de la loi, cette dernière devrait spécifier qu'elle ne s'applique pas aux droits et obligations des parties.

162. La loi devrait faire en sorte que la transition n'entraîne pas de frais autres que des frais minimes d'inscription.

H. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa dixième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

Remarques générales

1. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des sûretés (A/CN.9/475). À cette session, elle était convenue que les sûretés constituaient un sujet important porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier du lien étroit entre ces dernières et les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il avait été largement estimé que des lois modernes sur le crédit garanti pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, par conséquent, sur le commerce international. Il avait aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre les parties des pays développés et celles des pays en développement dans l'accès à un crédit meilleur marché, ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois que ces lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires, pour être acceptées par les États. On avait également déclaré que, étant donné la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagnés d'un guide plutôt qu'une loi type. Par ailleurs, pour qu'une réforme du droit donne des résultats optimaux, y compris la prévention des crises financières, la réduction de la pauvreté et la facilitation du financement par l'emprunt comme moteur de la croissance économique, il faudrait que les travaux entrepris dans le domaine des sûretés soit coordonnés avec ceux qui étaient menés dans le domaine du droit de l'insolvabilité[1].

2. À sa trente-quatrième session en 2001, la Commission a examiné un autre rapport établi par son secrétariat (A/CN.9/496) et a estimé que des travaux devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il a été déclaré que l'expérience avait démontré que des insuffisances dans ce domaine pouvaient avoir de très importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il a également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, à savoir en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était nécessaire, notamment dans l'optique de la réalisation des créances, pour aider les banques et autres établissements financiers à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes d'exécution rapides et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen susceptible de créer des incitations en vue d'un financement provisoire. À plus long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés pouvait constituer un instrument utile pour accélérer la croissance économique. En effet, sans accès au crédit à des conditions abordables,

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel[2]. Pour ce qui est de la forme que devaient revêtir les travaux, la Commission a estimé qu'une loi type serait peut-être trop rigide et a pris note des suggestions formulées en faveur d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui comprendrait, si possible, des dispositions législatives types[3].

3. Après un débat, la Commission a décidé de charger un groupe de travail d'élaborer "un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment la forme de l'instrument, la gamme exacte des biens qui pouvaient servir de garantie..."[4]. Soulignant l'importance du sujet et la nécessité de consulter des praticiens des organisations ayant des compétences dans le domaine, la Commission a recommandé la tenue d'un colloque de deux à trois jours[5].

4. À sa première session (New York, 20-24 mai 2002), le Groupe de travail VI (Sûretés) était saisi du premier avant-projet de guide législatif sur les opérations garanties, établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12), du rapport du colloque international de la CNUDCI et de la Commercial Finance Association (CFA) sur les opérations garanties, tenu à Vienne, du 20 au 22 mars 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), et de commentaires de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (A/CN.9/WG.VI/WP.4). À cette session, le Groupe de travail a examiné les chapitres I à V et X (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 5 et 10) et a prié le secrétariat de revoir ces chapitres (A/CN.9/512, par. 12). À la même session, il a examiné la possibilité de se voir présenter un exposé sur les systèmes modernes d'inscription, afin d'obtenir les informations nécessaires pour répondre aux préoccupations exprimées à propos de l'inscription des sûretés sur des biens meubles (voir A/CN.9/512, par. 65). De plus, il est convenu qu'il fallait faire en sorte, en coopération avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), que la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité soit traitée conformément aux conclusions de ce dernier concernant les points de recoupement entre les travaux des deux groupes (voir A/CN.9/512, par. 88 et A/CN.9/511, par. 126 et 127).

5. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Elle a félicité le Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux. Il a été généralement estimé que le projet de guide législatif constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, mais non suffisante à elle seule, pour accroître l'offre de crédit à des taux abordables et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre

---

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.
[3] Ibid., par. 357.
[4] Ibid., par. 358.
[5] Ibid., par. 359.

nations[6]. À cet égard, la Commission a noté avec satisfaction que le projet de guide avait suscité l'intérêt d'organisations internationales, gouvernementales et non gouvernementales, et que certaines d'entre elles participaient activement aux délibérations du Groupe de travail. Les commentaires soumis à ce dernier, en particulier par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (A/CN.9/WG.VI/WP.4) témoignaient de cet intérêt.

6. À cette session, selon un avis largement partagé, le moment était parfaitement choisi pour aborder la question des sûretés compte tenu à la fois des initiatives législatives entreprises dans ce domaine aux niveaux national et international et des travaux de la Commission sur le droit de l'insolvabilité. À cet égard, la Commission a noté avec une satisfaction particulière les efforts engagés par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI pour coordonner leurs tâches sur un thème d'intérêt commun, à savoir le traitement des sûretés dans le cas d'une procédure d'insolvabilité. Les participants se sont dits très favorables à cette coordination, généralement considérée comme essentielle pour fournir aux États des orientations complètes et cohérentes sur ce point. La Commission a fait sienne une proposition visant à revoir le chapitre du projet de guide législatif sur les opérations garanties à la lumière des principes de base adoptés d'un commun accord par le Groupe de travail V et le Groupe de travail VI (voir A/CN.9/511, par. 126 et 127 et A/CN.9/512, par. 88). Elle a insisté sur la nécessité d'une coordination continue et a prié le secrétariat d'organiser une session conjointe des deux groupes de travail en décembre 2002[7].

7. À l'issue d'un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks. Elle a également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[8].

8. À sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002), le Groupe de travail a examiné les chapitres VI, VII et IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.6, 7 et 9) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaborés par le secrétariat, et a prié ce dernier d'en établir une version révisée (voir A/CN.9/531, par. 15). À cette session également, conformément à des suggestions qui avaient été faites à la première session du Groupe de travail (voir A/CN.9/512, par. 65), les systèmes d'inscription des sûretés sur les biens meubles de Nouvelle-Zélande et de Norvège ont été présentés de façon informelle. Immédiatement avant cette session, les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) avaient tenu leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), au cours de laquelle ils avaient examiné la version révisée de l'ancien chapitre X (nouveau chapitre IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) consacré à l'insolvabilité. À cette session, le secrétariat avait été prié d'établir une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

---

[6] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 202.
[7] Ibid., par. 203.
[8] Ibid., par. 204.

9. À sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres VIII, XI et XII du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties et les chapitres II et III de la deuxième version (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (A/CN.9/532, par. 13). À cette session également, la loi slovaque sur les opérations garanties, récemment élaborée avec l'aide de la Banque mondiale et de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, a été présentée de façon informelle.

10. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses deuxième et troisième sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532), ainsi que du rapport sur les travaux de la première session conjointe des Groupes de travail V et VI (A/CN.9/535). Elle a félicité le Groupe de travail pour l'avancement de ses travaux et a exprimé sa satisfaction au Groupe de travail V et au Groupe de travail VI pour la coordination de leurs travaux portant sur la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité. Elle a également noté avec satisfaction la présentation de systèmes modernes d'inscription des sûretés mobilières et le projet du secrétariat d'établir un document traitant des questions techniques relatives à l'inscription[9].

11. La Commission a en outre insisté sur l'importance de la coordination avec les organisations qui s'intéressaient au domaine du droit des opérations garanties et avaient des compétences dans ce domaine, telles qu'Unidroit, la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la BERD et la Banque asiatique de développement. Il a été fait référence aux travaux en cours d'Unidroit concernant les sûretés sur les titres, aux Principes et directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, pour autant que ceux-ci concernaient les opérations garanties, à la Loi type sur les opérations garanties et aux Principes de la BERD, ainsi qu'au Guide de la Banque asiatique de développement sur les registres de biens meubles et à la Loi type interaméricaine sur les sûretés de 2002, élaborée par l'Organisation des États américains. Il a aussi été dit qu'il fallait assurer la coordination avec la Conférence de La Haye en ce qui concerne le chapitre du projet de guide législatif sur les opérations garanties consacré aux conflits de lois, en particulier pour ce qui est de la loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité[10].

12. En ce qui concerne la portée des travaux, la Commission a pris note des propositions selon lesquelles le Groupe de travail devrait envisager de traiter, outre des biens meubles corporels (y compris les stocks), des créances commerciales, des lettres de crédit, des comptes de dépôt et des droits de propriété intellectuelle, étant donné leur importance économique en tant que garantie de crédit. S'agissant du fond du projet de guide législatif, la Commission a pris note des déclarations selon lesquelles, si le guide devait aborder diverses approches susceptibles d'être adoptées avec succès, il devait également inclure des recommandations et que, si d'autres recommandations devaient être élaborées, les avantages et les inconvénients de

---

[9] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 217.
[10] Ibid., par. 218.

chaque approche, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, devraient aussi être examinés[11].

13. Après un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks, et la décision qu'elle avait prise à sa trente-cinquième session, à savoir que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit approprié qui devrait prendre la forme d'un guide législatif. La Commission a également confirmé que c'était au Groupe de travail qu'il appartenait de déterminer la portée exacte de ses travaux et, en particulier, s'il fallait traiter dans le projet de guide législatif les créances commerciales, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et industrielle[12].

14. À sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres premier (Introduction), II (Objectifs fondamentaux), IV (Constitution) et IX (Insolvabilité) ainsi que les paragraphes 1 à 41 du chapitre VII (Priorité) et il a demandé au secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/543, par. 15).

15. À sa cinquième session (New York, 22-25 mars 2004), le Groupe de travail a examiné le résumé et les recommandations des chapitres V (Publicité), VI (Priorité) et X (Conflit de lois) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/549, par. 16).

16. À leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004), le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) ont examiné le traitement des sûretés réelles dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.71 (voir A/CN.9/550, par. 11).

17. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses quatrième et cinquième sessions (A/CN.9/543 et A/CN.9/549), ainsi que du rapport des Groupes de travail V et VI sur les travaux de leur deuxième session conjointe (A/CN.9/550). La Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès réalisés jusqu'alors et a exprimé sa satisfaction aux Groupes de travail V et VI pour les progrès accomplis lors de leur deuxième session conjointe, au cours de laquelle ils avaient examiné des questions d'intérêt commun restées en suspens[13].

18. La Commission a en outre noté avec satisfaction les progrès du Groupe de travail dans la coordination de ses travaux sur le conflit de lois avec la Conférence de La Haye de droit international privé et, en particulier, le projet d'organiser une réunion conjointe d'experts. Elle s'est également félicitée des efforts de coordination avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), qui élaborait actuellement un texte concernant les sûretés sur les titres. Elle s'est également félicitée de la coordination avec la Banque mondiale, qui était en train de mettre au point des principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et

---

[11] Ibid., par. 220 et 221.
[12] Ibid., par. 222.
[13] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 75.

la protection des droits des créanciers, et en particulier de l'accord en vertu duquel ce texte constituerait avec le projet de guide législatif sur les opérations garanties un standard international unique[14].

19. La Commission a noté avec intérêt qu'un premier ensemble complet de recommandations serait probablement prêt dans les premiers mois de 2005. Elle s'est également félicitée de la préparation de chapitres supplémentaires consacrés à différents types de biens, comme les instruments et les documents négociables, les comptes bancaires, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle. On a dit à ce sujet que, si l'importance de ces types de biens était généralement admise, leur traitement dans le projet de guide ne devrait pas ralentir les travaux sur les biens essentiels entrant dans le champ d'application du projet (à savoir les biens meubles corporels, y compris les stocks, et les créances de sommes d'argent)[15].

20. À l'issue de son débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session et confirmé par la suite à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions. Elle a également prié le Groupe de travail d'accélérer ses travaux afin qu'il lui présente le projet de guide pour adoption finale au plus tôt, si possible en 2006[16].

21. À sa sixième session (Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004), le Groupe de travail a examiné les chapitres premier et II (Introduction et Objectifs fondamentaux), III (Principaux types de sûretés mobilières), IV (Constitution), V (Opposabilité aux tiers), VII (Droits et obligations avant défaillance), VIII (Défaillance et réalisation), X (Conflit de lois) et XI (Questions de droit transitoire) et prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail (voir A/CN.9/570, par. 8). À cette session, le Groupe de travail a noté avec satisfaction que le chapitre du Guide consacré au conflit des lois était élaboré en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/570, par. 75).

22. À sa septième session (New York, 24-28 janvier 2005), le Groupe de travail a examiné les chapitres X (Conflit de lois), XII (Mécanismes de financement d'acquisitions) et XVI (Sûretés sur les comptes bancaires), et prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte des délibérations et décisions du Groupe de travail (voir A/CN.9/574, par. 8).

23. À sa trente-huitième session, en 2005, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses sixième et septième sessions (A/CN.9/570 et A/CN.9/574 respectivement). Elle l'a félicité pour les progrès accomplis jusque-là, a pris note avec intérêt de ses progrès dans la coordination de ses travaux avec la Conférence de La Haye de droit international privé, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), la Banque mondiale et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'a prié d'accélérer sa tâche afin de lui soumettre le projet de guide, tout au moins pour une approbation de principe, en 2006, et pour adoption finale en 2007[17].

---

[14] Ibid., par. 76.
[15] Ibid., par. 77.
[16] Ibid., par. 78.
[17] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 186 et 187.

24. À sa huitième session (Vienne, 5-9 septembre 2005), le Groupe de travail a examiné les recommandations des chapitres VII (Droits et obligations des parties avant défaillance), VIII (Défaillance et réalisation), IX (Insolvabilité), X (Financement des acquisitions) et XI (Conflit de lois). Il a aussi examiné la terminologie et les recommandations concernant: i) les instruments et les documents négociables (définitions w) et x) et recommandations 3 d) et 24); ii) le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (définitions y), z), aa) et bb) et recommandations 25, 49, 62, 106 et 138); et iii) les droits de propriété intellectuelle (définition dd) et recommandation 3 h)) (voir A/CN.9/588, par. 8).

25. À sa neuvième session (New York, 30 janvier-3 février 2006), le Groupe de travail a examiné les recommandations des chapitres V (Opposabilité de la sûreté réelle mobilière), VI (Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents) et X (Mécanismes de financement d'acquisitions) et a prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/593, par. 8). À cette session, dans la perspective de l'approbation dans leur principe, par la Commission, à sa trente-neuvième session, prévue à New York du 19 juin au 7 juillet 2006, du contenu des recommandations du projet de guide, le Groupe de travail est convenu de tenir une session supplémentaire, sa dixième session, à New York du 1er au 5 mai 2006 (voir A/CN.9/593, par. 97).

A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-51
I.	Introduction	1-36
	A. Objet	1-8
	B. Champ d'application	9-20
	C. Terminologie	21
	D. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide	22-32
	1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel	23-28
	2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances de sommes d'argent	29-31
	3. Titrisation	32-34
	4. Financement par des prêts à terme	35-37
	5. Transfert de la propriété à titre de garantie	38
	6. Opérations de cession-bail	39
II.	Principaux objectifs d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties	40-51
	A. Promouvoir le crédit garanti	41
	B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque intégrale des biens pour faciliter le crédit dans un large éventail d'opérations de crédit	42
	C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace	43
	D. Reconnaître l'autonomie des parties	44
	E. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit	45
	F. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession	46
	G. Encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence	47
	H. Établir des règles de priorité claires et prévisibles	48
	I. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace	49
	J. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées	50
	K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois	51

I. Introduction

A. Objet

1. Le présent Guide a pour objet d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché. Il s'adresse aux États qui n'ont pas actuellement de lois efficaces et effectives dans ce domaine, aussi bien qu'à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les harmoniser ou les coordonner avec celles d'autres États.

2. Le Guide part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements, favoriser le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d'une façon générale, accroître les échanges. De telles lois procurent également des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l'accès au crédit à la consommation bon marché. Pour porter leurs fruits, elles doivent s'appuyer sur des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes d'application efficaces et effectifs, mais également être étayées par des lois sur l'insolvabilité respectant les droits qu'elles confèrent (voir le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité).

3. Le Guide s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes. Il vise l'élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.

4. Toutes les entreprises – qu'il s'agisse de fabricants, de distributeurs, de prestataires de services ou de détaillants – ont besoin d'un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) ont démontré que l'octroi de crédits garantis est l'un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d'un fonds de roulement.

5. L'efficacité d'un crédit garanti réside dans la possibilité qu'il offre aux entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens afin de réduire le risque des créanciers, ceux-ci pouvant en effet accéder aux actifs grevés pour se faire rembourser en cas de non-paiement de l'obligation garantie. Dès lors que le risque de non-paiement est réduit, l'offre de crédit augmente et le coût du crédit diminue.

6. Un système juridique favorable au crédit garanti est essentiel si l'on veut atténuer le sentiment de risque que suscitent les opérations de crédit et promouvoir l'offre de crédit garanti. Il est plus facile pour les entreprises d'obtenir des crédits

garantis dans les États qui ont des lois efficaces et effectives produisant des résultats cohérents et prévisibles pour les créanciers en cas de défaillance des débiteurs. D'un autre côté, dans les États qui n'ont pas de telles lois et où les créanciers ont l'impression que les risques juridiques liés aux opérations de crédit sont élevés, le coût du crédit augmente, car lesdits créanciers exigent une rémunération accrue pour évaluer et assumer ce surcroît de risque. Dans certains États, l'absence de régime efficace et effectif sur les opérations garanties ou de régime de l'insolvabilité, dans lequel les sûretés réelles mobilières soient reconnues, a abouti à la quasi-disparition du crédit aux petites et moyennes entreprises commerciales ainsi qu'aux consommateurs.

7. En aidant à la création et à la croissance d'entreprises individuelles, un régime juridique favorisant le crédit garanti peut avoir un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. Ainsi, les États qui n'ont pas de régime efficace et effectif sur les opérations garanties risquent de se priver d'un précieux avantage économique.

8. Afin de promouvoir au mieux l'offre de crédit garanti bon marché, le Guide propose que les lois sur les opérations garanties soient structurées de manière à permettre aux entreprises de tirer le plus grand parti possible de la valeur intrinsèque de leurs biens pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties, à savoir la priorité et l'opposabilité. Le concept de priorité, qui permet la coexistence de sûretés réelles mobilières de rangs différents sur les mêmes biens, donne la possibilité à une entreprise de tirer le plus grand parti possible de la valeur de ses biens en grevant ceux-ci pour garantir des crédits obtenus auprès de plusieurs créanciers à la fois, des règles transparentes permettant à chaque créancier de connaître le rang de sa sûreté. Le concept d'opposabilité, sous la forme d'un système permettant, entre autres, l'enregistrement d'un avis relatif aux sûretés, vise à favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et, partant, à réduire les risques et les coûts associés aux opérations garanties.

B. Champ d'application

9. Le Guide traite des sûretés réelles mobilières conventionnelles. Il mentionne toutefois les sûretés non conventionnelles – par exemple légales ou judiciaires – lorsque le même bien est grevé à la fois de sûretés conventionnelles et non conventionnelles et que la loi doit prévoir le rang de priorité de chacune (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, par. 56 à 61 et 82 à 85). Le Guide vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les meubles corporels à usage commercial (stocks et matériel) et les créances commerciales de sommes d'argent. Il propose cependant que tous les types de biens puissent être grevés, y compris tous les actifs présents et futurs d'une entreprise, et s'applique à tous les biens, à la fois corporels et incorporels, sauf exception expresse.

10. Les biens immeubles, les valeurs mobilières et les salaires sont purement et simplement exclus. Les biens immeubles (à l'exception des immeubles par destination qui entrent dans le champ d'application du Guide et qui peuvent être grevés de sûretés) sont exclus car ils soulèvent des questions différentes et sont

soumis à un système d'inscription de la propriété sur des registres spécialisés indexés par bien et non par constituant. Le Guide ne traite pas non plus des sûretés portant sur des valeurs mobilières en tant que biens initialement grevés, car la nature des valeurs mobilières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Les questions de droit matériel relatives aux sûretés et aux autres droits sur des valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire sont abordées dans un projet de convention que prépare actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Les questions de droit international privé sur le sujet ne sont pas traitées dans le présent Guide, car elles le sont dans la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (La Haye, décembre 2002). Le Guide est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime envisagé ici puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par Unidroit et la Conférence de La Haye, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, décembre 2001, dénommée ci-après "la Convention des Nations Unies sur la cession") et le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, s'il adopte une exclusion limitée pour les valeurs mobilières et les biens immeubles (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, note concernant la recommandation 3 g)), il lui faudra modifier le paragraphe 10. De même, s'il adopte la recommandation 4 d), il devra inclure une explication dans le commentaire. Des modifications similaires devront éventuellement être apportées en fonction des décisions qu'il prendra sur les questions soulevées dans les notes concernant la recommandation 3 d) et f).*]

11. Les sûretés sur les salaires sont exclues en raison du principe de protection de la vie des particuliers et de leur famille. Toutes autres exclusions motivées par des incompatibilités d'objectifs devraient êtres limitées en nombre et en portée, devraient être clairement mentionnées dans la loi et ne devraient être adoptées qu'une fois leurs avantages potentiels soigneusement pesés par rapport à l'objectif économique et social de la loi sur les opérations garanties qui est de promouvoir l'offre de crédit bon marché.

12. Certains biens, tels que les navires, les aéronefs [et les droits de propriété intellectuelle] sont entièrement ou partiellement soumis à des lois spéciales. Les sûretés sur de tels biens ne sont pas exclues, mais en cas d'incompatibilité entre une loi spéciale et la loi sur les opérations garanties, la première (par exemple, le système d'inscription sur un registre spécialisé) prévaut.

13. En particulier, le Guide ne traite pas des questions propres aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle et ne formule pas de recommandations à leur sujet. Toutefois, lors de l'élaboration de sa loi sur les opérations garanties, un État devrait tenir compte de l'importance croissante et de la valeur économique des biens de propriété intellectuelle pour les sociétés qui cherchent à obtenir des crédits garantis bon marché. Sous réserve des limites exposées au paragraphe ci-après, la loi sur les opérations garanties s'appliquerait aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle.

14. Lors de l'adoption d'un régime sur les opérations garanties, un État devrait tenir compte des caractéristiques propres, et des lois nationales applicables, à la propriété intellectuelle, ainsi que de ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux sur la propriété intellectuelle. Lorsqu'il mettra en application les recommandations du Guide, il devrait donc étudier attentivement les cas où le régime juridique et les caractéristiques de la propriété intellectuelle sont suffisamment uniques pour justifier l'adaptation des recommandations lorsque les biens grevés comprennent des droits de propriété intellectuelle. Si cet examen met en évidence une incompatibilité directe entre les recommandations et ses lois ou ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux, en particulier dans la mesure où ceux-ci établissent des règles sur la constitution, l'opposabilité, la priorité ou la réalisation de sûretés sur la propriété intellectuelle, la loi de l'État sur les opérations garanties devrait prévoir que ce sont ces lois et obligations qui régiront ces questions, là où il y a incompatibilité.

15. Le Guide insiste sur la nécessité de permettre à un constituant de constituer des sûretés non seulement sur ses biens existants, mais aussi sur ses biens futurs (à savoir les biens acquis ou créés après la conclusion de la convention constitutive de sûreté), sans que le créancier garanti ou lui-même aient à établir d'autres documents ni à accomplir d'autres formalités au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Cette approche est conforme, par exemple, à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui prévoit la constitution de sûretés sur des créances de sommes d'argent futures sans exiger de démarches supplémentaires. Le Guide recommande en outre la reconnaissance d'une sûreté constituée sur tous les biens présents et futurs d'une entreprise au moyen d'une seule et unique convention constitutive comme le prévoient déjà certains systèmes juridiques sous la forme d'un "nantissement global d'entreprise" ("enterprise mortgage") ou d'une combinaison de charges fixes et de charges flottantes.

16. Le Guide recommande aussi qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, puissent être garanties et que les personnes physiques comme les personnes morales, y compris les consommateurs, sous réserve des lois relatives à leur protection, puissent être parties à une opération garantie. Il est également destiné à s'appliquer à diverses opérations garanties, notamment celles reposant sur des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession, ainsi qu'aux mécanismes qui n'entrent pas dans la dénomination d'opération garantie (réserve de propriété, transfert de propriété à titre de garantie, cession de créances de sommes d'argent à titre de garantie, crédit-bail, cession-bail et autres opérations similaires).

17. Le régime juridique envisagé dans le Guide est purement interne. Les recommandations qui y sont formulées sont destinées aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer la législation interne sur les opérations garanties. Cependant, du fait que, dans les opérations garanties, les parties et les biens concernés se trouvent souvent dans des États différents, le Guide traite également de la reconnaissance des sûretés réelles mobilières et des mécanismes de garantie reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété et le crédit-bail, qui sont valablement crées dans d'autres États. Une telle reconnaissance constituerait une amélioration sensible pour les bénéficiaires de ces sûretés et mécanismes par rapport aux lois actuellement en vigueur dans de nombreux États, dans lesquelles ces bénéficiaires perdent souvent leurs droits lorsqu'un bien grevé sort du pays, et

contribuerait largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans des opérations internationales (voir A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, par. 21 à 25).

18. Le Guide s'efforce dans son ensemble d'établir un équilibre entre les intérêts des débiteurs, des créanciers (qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires), des tiers concernés, des acheteurs et autres bénéficiaires de transferts et de l'État. Ce faisant, il part de l'hypothèse, étayée par de nombreuses données factuelles, que tous les créanciers accepteront une telle approche équilibrée et seront donc encouragés à accorder des crédits, pour autant que les lois (ainsi que l'infrastructure juridique et administrative qui l'appuie) leur permettront effectivement d'évaluer leurs risques avec un degré élevé de prévisibilité et avec la certitude qu'en définitive ils réaliseront la valeur économique des biens grevés. Pour parvenir à cet équilibre, une étroite coordination entre le régime applicable aux opérations garanties et celui de l'insolvabilité, notamment des dispositions relatives au traitement des sûretés en cas de redressement ou de liquidation d'une entreprise, est indispensable. De plus, certains débiteurs, tels que les consommateurs, ont besoin de protections supplémentaires. De ce fait, bien que le régime envisagé par le Guide vise à s'appliquer à de nombreuses formes d'opérations de consommateurs, il n'est pas censé avoir préséance sur les lois relatives à la protection de ces derniers ni examiner les politiques de protection des consommateurs, car cette question ne se prête pas à unification.

19. Dans ce même esprit, le Guide répond également aux préoccupations qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis. Il a été dit, par exemple, que le fait de donner à un créancier une créance prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne risquait de limiter la capacité de cette dernière à obtenir un financement auprès d'autres sources. Une autre crainte était qu'un créancier garanti puisse exercer une influence sur une entreprise, puisqu'il avait la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les biens grevés. Une autre crainte encore était que, dans certains cas, les créanciers garantis ne prennent la majeure partie ou la totalité des biens d'une personne insolvable et ne laissent peu de choses aux créanciers chirographaires, dont certains ne sont pas à même de négocier une sûreté sur ces biens. Le Guide examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, il propose des solutions.

20. Le Guide s'inspire des travaux de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Loi modèle de la BERD sur les sûretés, finalisée en 1994; Principes généraux de la BERD d'un droit moderne des sûretés, élaborés en 1997; Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, élaboré en 1997; étude sur la réforme des lois relatives aux opérations garanties en Asie, réalisée par la Banque asiatique de développement en 2000; Convention des Nations Unies sur la cession, adoptée en 2001; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en 2001 et les protocoles s'y rapportant; Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée en 2001; Loi type interaméricaine de l'OEA relative aux sûretés mobilières, élaborée en 2002; Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, finalisé en 2004; [Convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés; et [...]].

C. Terminologie

21. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale, il peut ici revêtir un autre sens. L'objectif est de donner au lecteur un vocabulaire et un cadre conceptuel communs et d'encourager l'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières. On trouvera donc ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes (comme c'est le cas notamment des chapitres sur l'insolvabilité et le financement d'acquisitions). "Ou" n'est pas exclusif; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. [Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.] Le terme "personnes" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire. Dans l'ensemble du projet de guide, les termes "loi" ou "droit" désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif. L'expression "loi régissant les instruments négociables" ou toute expression similaire désigne toute loi s'appliquant aux instruments négociables, à savoir non seulement le droit des instruments négociables proprement dit, mais aussi le droit des contrats et d'autres branches du droit éventuellement applicables.

a) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, que les parties aient ou non appelé ce droit "sûreté réelle mobilière". En ce qui concerne les créances de sommes d'argent, ce terme désigne aussi un transfert pur et simple d'une créance, ainsi qu'un transfert à titre de garantie. Il désigne également les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'une acquisition. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.*] Il désigne en outre le "droit d'un cessionnaire".

b) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" désigne une sûreté réelle mobilière sur un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une obligation contractée pour permettre au constituant d'acquérir ce bien. Il englobe les sûretés réelles mobilières à proprement parler, ainsi que les droits acquis dans le cadre de ventes avec réserve de propriété, d'opérations de location-vente, de crédits-bails et d'opérations de prêt pour le financement du prix d'achat. Le terme "constituant" d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition désigne un acheteur ou un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt finançant le prix d'achat. Le terme "partie finançant l'acquisition" désigne le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement d'une acquisition et

inclut un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur du financement du prix d'achat. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.*]

c) Le terme "obligation garantie" désigne l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière.

d) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Il désigne également le "cessionnaire". [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26.*]

e) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie [et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l'obligation]. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir "constituant").

f) Le terme "constituant" désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne (voir "débiteur de la créance de somme d'argent"). Il désigne également le "cédant".

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la deuxième phrase dans les définitions des termes "sûreté réelle mobilière", "créancier garanti" et "constituant" est destinée à faire en sorte que les recommandations générales s'appliquent aux sûretés sur des créances de sommes d'argent et aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent, sauf indication contraire.*]

g) Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu'en soit la forme ou l'appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière.

h) Le terme "bien grevé" désigne un bien sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. Il peut s'agir d'un bien meuble corporel ou incorporel, chacune de ces deux catégories générales comprenant plusieurs sous-catégories, dont certaines correspondent à des termes particuliers définis, qui sont employés dans le Guide.

i) Le terme "biens meubles corporels" désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, ainsi que les instruments et documents négociables.

j) Le terme "stocks" désigne un ensemble de biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication).

k) Le terme "matériel" désigne des biens meubles corporels utilisés par une personne dans l'exploitation de son entreprise.

l) Le terme "biens rattachés à des biens immeubles" désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des biens immeubles au point d'être traités comme des immeubles sans toutefois perdre leur identité de meubles en vertu de la loi de l'État où se trouvent ces biens immeubles. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.*]

m) Le terme "biens rattachés à des biens meubles" désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à d'autres biens meubles [au point d'être traités comme faisant partie de ces biens meubles] sans toutefois perdre

leur identité en vertu d'une autre loi que la présente loi. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.*]

n) Les termes "masse ou produit fini" désignent des biens meubles corporels autres qu'une somme d'argent qui sont physiquement associés ou unis entre eux au point de perdre leur identité distincte en vertu d'une loi autre que la présente loi. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.*]

o) Le terme "biens meubles incorporels" désigne notamment les créances et les créances de sommes d'argent.

p) Le terme "créance de somme d'argent" désigne un droit [contractuel] au paiement d'une obligation monétaire, à l'exclusion toutefois des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et de l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'à sa dixième session il a décidé que les créances de sommes d'argent non contractuelles devraient entrer dans le champ d'application du Guide (voir A/CN.9/603, par. 36). Pour ce faire, on pourrait limiter la définition des "créances de sommes d'argent" aux créances contractuelles et préciser dans le commentaire que les recommandations générales s'appliquent aux créances non contractuelles. Une autre solution possible serait de conserver telle quelle la définition, ce qui obligerait peut-être alors à modifier la définition du "contrat initial" pour y mentionner les sources de créances non contractuelles. Il faudrait en outre peut-être ajouter de nouvelles recommandations de sorte que: i) les recommandations 13 et 14 (sur les dispositions légales limitant la cessibilité) soient sans conséquence pour les dispositions légales restreignant la cessibilité des créances non contractuelles; et ii) les recommandations 16* bis *et 16* ter *(sur les garanties dues par le cédant) ne s'appliquent pas aux sûretés sur des créances non contractuelles.*]

q) Le terme "cession" désigne la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance de somme d'argent ainsi que le transfert pur et simple d'une créance de somme d'argent. [*Voir article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la constitution d'une sûreté sur une créance de somme d'argent comprend aussi le transfert pur et simple d'une créance en garantie, transfert qui est traité dans le projet de guide comme une sûreté réelle mobilière.*]

r) Le terme "cédant" désigne la personne qui cède une créance de somme d'argent. [*Voir article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

s) Le terme "cessionnaire" désigne la personne à laquelle une créance de somme d'argent est cédée. [*Voir article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

t) Le terme "cession subséquente" désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est

effectuée est le cessionnaire. [*Voir article 2 b) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

u) Le terme “débiteur de la créance de somme d’argent” désigne une personne tenue de payer une créance de somme d’argent. Il inclut un “garant” étant donné qu’une garantie accessoire est une créance de somme d’argent. [*Voir article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu’à sa dixième session il est convenu de supprimer les mots “en compte” du terme “débiteur en compte”. Il est suggéré ici de remplacer ce terme par “débiteur de la créance de somme d’argent”. On éviterait ainsi de créer une confusion avec le “débiteur de l’obligation garantie” et d’avoir à apporter un changement important à l’ensemble du projet de guide qui ne serait peut-être pas correct sur le fond (le terme “débiteur” devant en effet désigner le débiteur de l’obligation garantie). En outre, le terme proposé n’est pas incompatible avec la Convention des Nations Unies sur la cession, qui fait référence au “débiteur”, et non au débiteur de la créance de somme d’argent, car, contrairement au projet de guide qui vise plusieurs types de biens, la Convention ne s’intéresse elle qu’aux créances de sommes d’argent. Si le Groupe de travail approuve la substitution proposée, le terme “débiteur en compte” sera remplacé par “débiteur de la créance de somme d’argent” dans tout le projet de guide.*]

v) Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance de somme d’argent cédée et le cessionnaire. [*Voir article 5 d) de la Convention des Nations Unies sur la cession*]. Une communication électronique satisfait à l’exigence d’un écrit si l’information qu’elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la définition du terme “notification de la cession” reprend la règle énoncée dans la recommandation 9 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7). Il notera que l’écrit n’est mentionné qu’à propos de la notification de la cession et de l’avis de sûreté, mais non en ce qui concerne les autres notifications évoquées dans le projet de guide (notification de l’intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire, par exemple).*

Selon que la référence à la signature sera ou non conservée dans la recommandation 7, le Groupe de travail pourrait examiner si la règle de la recommandation 10 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), selon laquelle la “signature” comprend la signature électronique, devrait aussi figurer dans les définitions. Il notera que l’“écrit signé” est mentionné, outre dans la recommandation 7, dans la recommandation 21 sur la renonciation de la part du débiteur de la créance à opposer des exceptions.]

w) Le terme “contrat initial” désigne, dans le contexte d’une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance de somme d’argent d’où naît la créance de somme d’argent. [*Voir article 5 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations sur les créances de sommes d’argent indiqueront*

clairement que celles-ci sont sans incidence sur les limitations légales concernant les créances non contractuelles et que les recommandations sur les garanties dues par le cédant ne s'appliquent pas aux créances nées de la loi (voir A/CN.9/603, par. 36).]

x) Le terme "instrument négociable" désigne un instrument représentatif d'un droit à paiement, tel qu'un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables.

y) Le terme "document négociable" désigne un document représentatif d'un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu'un récépissé d'entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables.

z) Le terme "engagement de garantie indépendant" désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (garantie sur demande, à première demande, bancaire, ou contre-garantie bancaire) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande.

aa) Le terme "produit découlant d'un engagement de garantie indépendant" désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé ou un autre objet de valeur, que doit dans chaque cas remettre le garant/émetteur honorant le tirage d'un engagement de garantie indépendant ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il ne désigne pas[:] i) le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c'est-à-dire de demander paiement); ni ii) ce qui est reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur ou la personne désignée, ou après disposition du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit lui-même).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que la définition porte sur "le produit découlant d'un engagement de garantie indépendant", suivant ainsi la terminologie généralement utilisée dans le droit et la pratique des engagements de garantie indépendants. Tel qu'employé dans le Guide, ce terme désigne le droit du constituant, en tant que bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant, de recevoir tout paiement effectué ou autre prestation donnée après tirage de l'engagement à condition de se conformer aux conditions dudit engagement. Il ne désigne pas le produit lui-même, autrement dit ce qui est effectivement reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d'une prestation d'une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l'acte d'honorer ou de disposer) ou après disposition du droit au produit découlant d'un engagement de garantie indépendant.*

Le terme "produit découlant d'un engagement de garantie indépendant" désigne un droit de recevoir même si le mot "produit", tel qu'employé dans le droit et la pratique des engagements indépendants, peut renvoyer soit au droit de recevoir

soit à tout ce qui est reçu au titre de l'engagement et même si le "produit" désigne, dans d'autres parties du projet de guide, tout ce qui est reçu. Le commentaire mettra en évidence la distinction entre une sûreté sur le produit découlant d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) et le "produit" (concept clef ici) de biens visés par le Guide. Le Groupe de travail notera que le terme "bénéficiaire-constituant" a été supprimé car jugé inutile, suppression qui s'inscrit dans la logique du traitement que le Guide accorde aux "créances de sommes d'argent", lesquelles ne sont pas définies ici par rapport au constituant. De plus, lors de l'octroi de la sûreté, il se peut que le constituant ne soit pas encore bénéficiaire, l'engagement de garantie indépendant n'existant en effet peut-être même pas à ce moment-là. La personne fondée à recevoir paiement est déterminée par une autre loi (dans le contexte des créances de sommes d'argent, par exemple, le Guide ne précise pas qui est fondé à recevoir paiement).]

bb) Le terme "garant/émetteur" désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant.

cc) Le terme "confirmateur" désigne une banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui du garant/émetteur.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que, comme à l'alinéa e) de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l'engagement confirmé.*]

dd) Le terme "personne désignée" désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, "toute banque dans un pays X") comme étant la personne désignée pour fournir une prestation, à savoir acheter ou payer sur présentation de documents, et qui agit conformément à cette désignation.

ee) Un créancier garanti a le "contrôle" du produit découlant d'un engagement de garantie indépendant: i) automatiquement dès la constitution de la sûreté s'il est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou ii) si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en sa faveur. Le terme "acceptation" en ce qui concerne le produit découlant d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur, ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l'engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement: i) a accepté la constitution d'une sûreté sur ce produit (que cette sûreté soit appelée "cession" ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés); ou ii) s'est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite au tirage de l'engagement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire précisera que ces définitions doivent être lues conjointement avec toutes les recommandations relatives aux engagements de garantie indépendants (3 d), 16, 25, 25* bis, *25* ter, *25* quater, *49, 62, 106, 138 et 138* bis*).*]

ff) Le terme “compte bancaire” désigne un compte tenu par une banque, sur lequel des fonds peuvent être déposés ou crédités. Il inclut les comptes chèques ou autres comptes courants, les comptes d’épargne et les dépôts à terme. Il n’inclut pas une créance contre la banque née en vertu de la loi régissant les instruments négociables.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comprend le droit au paiement de fonds transférés sur un compte interne de la banque qui ne sont pas affectés au règlement d’obligations dues à la banque. Le commentaire expliquera en outre que les fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d’une obligation de paiement futur que la banque a accepté dans le cours normal de ses activités sont également visés dans la mesure où la personne ayant donné des instructions à la banque a droit à ces fonds si la banque n’effectue pas ce paiement futur.*]

gg) Un créancier garanti a le “contrôle” d’un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire: i) automatiquement dès la constitution d’une sûreté s’il est la banque dépositaire; ii) si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec lui un accord de contrôle dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier concernant le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou iii) s’il est titulaire du compte.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera: i) qu’une banque dépositaire n’est pas obligée de conclure un accord de contrôle; ii) que les droits d’un créancier garanti seront soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire; iii) qu’un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et que le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu’à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d’autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l’accord). Le commentaire expliquera aussi que le point iii) vise les situations où: i) un compte existant est transféré au créancier garanti; ii) le créancier garanti convient avec le constituant que les fonds seront déposés sur un compte qui sera ouvert ultérieurement; et iii) le créancier garanti est seul titulaire du compte (et non un simple cotitulaire).*]

hh) Le terme “droit de propriété intellectuelle” désigne, sous réserve d’une loi autre que la loi sur les opérations garanties, les brevets, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les secrets de fabrique, le droit d’auteur et les droits voisins ainsi que les dessins et modèles. Il désigne aussi les droits découlant de licences de droits de propriété intellectuelle.

ii) Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés. Par exemple, on entend par produit ce qui est reçu d’une vente ou d’un autre acte de disposition ou d’administration ou d’un encaissement, une location, une licence, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d’assurance et les créances nées de vices, d’un dommage ou d’une perte. [*Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, ainsi que la note concernant la recommandation 3 g) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.*]

jj) Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne d’obtenir l’avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent.

kk) Le terme “réclamant concurrent” désigne:

i) Un autre créancier garanti titulaire d’une sûreté réelle mobilière sur le même bien (qu’il s’agisse d’un bien initialement grevé ou du produit);

ii) Dans le contexte d’un système fondé sur une approche non unitaire en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d’une acquisition, le vendeur ou le crédit-bailleur du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

iii) Un autre créancier du constituant faisant valoir un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie exécutoire ou par une procédure similaire);

iv) Le représentant de l’insolvabilité en cas d’insolvabilité du constituant; ou

v) Tout acheteur ou autre bénéficiaire du transfert (y compris un preneur à bail ou un preneur de licence) du bien grevé.

ll) Le terme “sûreté réelle mobilière avec dépossession” désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont en possession effective du créancier garanti ou d’une autre personne (qui n’est ni le débiteur ni un autre constituant) qui les détient pour le créancier garanti.

mm) Le terme “sûreté réelle mobilière sans dépossession” désigne une sûreté réelle mobilière sur: i) des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession effective du créancier garanti ou d’une autre personne qui les détiendrait pour lui; ou ii) des biens meubles incorporels.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les alinéas ll) et mm) sont nécessaires compte tenu de la décision de ne pas faire de distinction entre les sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. Ces termes sont uniquement utilisés dans les recommandations 1 f) et 3 c).*]

nn) Le terme “possession”, sauf tel qu’il est employé dans les recommandations [28 et 80] en ce qui concerne l’émetteur d’un document négociable, désigne la possession effective de biens meubles corporels par une personne, ou un mandataire ou un employé de cette personne, ou encore une autre personne détenant ces biens au nom de cette personne, ou une personne indépendante qui accepte de les détenir pour cette personne. Ce terme n’inclut pas la possession virtuelle, fictive ou symbolique.

oo) Le terme “émetteur” d’un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans le cas d’un connaissement “multimodal” (s’il est considéré comme un document négociable par la loi applicable), l’“émetteur” peut être une personne qui sous-traite plusieurs parties du*

transport à d'autres personnes mais qui assume néanmoins la responsabilité du transport et de tout dommage qui pourrait survenir pendant celui-ci.]

pp) Le terme "dépossession du constituant" désigne la remise effective de la possession des biens à grever au créancier garanti ou à un tiers (autre que le constituant ou un mandataire ou un employé du constituant) qui détient les biens pour le compte du créancier garanti ou à une personne indépendante qui accepte de les détenir pour le créancier garanti.

qq) Le terme "tribunal de l'insolvabilité" désigne une autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité.

rr) Le terme "masse de l'insolvabilité" désigne les biens et les droits du débiteur qui sont soumis au contrôle ou à la surveillance du représentant de l'insolvabilité et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité.

ss) Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue du redressement ou de la liquidation de l'entreprise du débiteur.

tt) Le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organe chargé d'administrer la masse de l'insolvabilité.

uu) Le terme "acheteur dans le cours normal des affaires" désigne une personne qui achète dans des conditions commerciales normales des stocks à un professionnel vendant des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette vente est faite en violation de sûretés réelles mobilières ou d'autres droits détenus par une autre personne sur ces biens meubles corporels.

D. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide

22. On trouvera ci-après des exemples brefs de types d'opérations de crédit garanties que le Guide vise à encourager et auxquels il sera fait référence dans la suite pour illustrer des points particuliers. Ces exemples ne représentent qu'une petite partie des nombreuses formes d'opérations garanties actuellement pratiquées, et un régime efficace dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte non seulement les nombreuses méthodes de financement existantes, mais aussi celles qui pourront apparaître dans l'avenir.

1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel

23. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est fourni dans de nombreux cas par le vendeur des biens meubles corporels (stocks et matériel) achetés, dans d'autres, par un prêteur, qui peut alors être un tiers indépendant ou bien avoir un lien avec le vendeur. Le vendeur reste propriétaire ou le prêteur se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels achetés en garantie du remboursement du crédit ou du prêt.

24. Voici un exemple de financement d'acquisitions: la Société ABC Manufacturing (ABC), qui fabrique des meubles, souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication. Elle souhaite acheter de la peinture (qui constitue une matière première et, partant, des stocks) au vendeur A.

Elle souhaite également acheter des perceuses à colonne (qui constituent du matériel) au vendeur B et du matériel de manutention au vendeur C. Enfin, elle souhaite louer du matériel informatique à un bailleur A.

25. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur A, ABC est tenue de payer dans un délai de 30 jours après facturation la peinture achetée, qu'elle a grevée d'une sûreté en faveur dudit vendeur en garantie du paiement du prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur B, ABC est tenue de payer les perceuses dans les 10 jours qui suivent leur livraison à son usine. Pour financer cet achat, elle obtient un prêt du prêteur A, qui est garanti par une sûreté constituée sur les perceuses. ABC détient aussi un compte bancaire chez le prêteur A qu'elle lui a également affecté en garantie du remboursement du prêt.

26. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur C, ABC est tenue de payer le matériel de manutention une fois celui-ci installé dans son usine et mis en état de fonctionner. Pour financer cet achat et cette installation, ABC obtient du prêteur B un prêt qu'elle garantit en créant une sûreté sur le matériel en question.

27. En vertu du contrat de location avec le bailleur A, ABC loue à ce dernier le matériel informatique pour une période de deux ans. Elle est tenue de verser des loyers mensuels pendant la durée du bail, à l'expiration duquel elle a la possibilité (mais non l'obligation) d'acheter le matériel à un prix symbolique. Le bailleur A reste propriétaire du matériel pendant la durée du bail. La propriété sera transférée à ABC à l'expiration du bail si elle exerce l'option d'achat. Ce type de bail est souvent appelé "crédit-bail". Dans certaines formes de crédit-bail, la propriété des biens loués est transférée au preneur automatiquement à l'expiration du bail. Il faut distinguer le crédit-bail de ce que l'on appelle généralement le "bail d'exploitation", à l'expiration duquel les biens loués conservent en principe une durée de vie utile et ne peuvent être achetés par le preneur à un prix symbolique ni lui être transférés en pleine propriété automatiquement.

28. Dans chacun des cas ci-dessus, la société peut acheter grâce à un financement octroyé par une autre personne (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient des droits sur les biens acquis en garantie du remboursement de ce financement. Comme il ressort clairement des exemples, le financement d'acquisitions vaut aussi bien pour les stocks que pour le matériel.

2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances de sommes d'argent

29. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant d'avoir des créances de sommes d'argent et d'être payé, un fabricant doit investir pour acheter des matières premières, les transformer en produits finis et vendre ces produits. Selon le type d'activité, ce processus peut prendre jusqu'à plusieurs mois. L'entreprise a absolument besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées.

30. Un crédit permanent constitue pour l'entreprise un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses stocks et créances de sommes d'argent existants et futurs (voir aussi A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 12). Il demande généralement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter et de fabriquer des

stocks et le rembourse quand ces stocks sont vendus et le prix de vente reçu. Les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le montant du crédit fluctue constamment. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur (acquisition de stocks, transformation et vente des stocks, création de créances de sommes d'argent, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle), elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour l'emprunteur et évite à ce dernier d'emprunter plus qu'il n'en a réellement besoin.

31. Voici une illustration de ce type de financement: Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur B accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins pour un montant global représentant jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur B juge acceptables (en fonction de leur type et qualité ainsi que d'autres critères) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances de sommes d'argent que le prêteur B juge acceptables (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs en compte) pour le prêt. ABC est censée rembourser à mesure qu'elle est payée par ses clients. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances de sommes d'argent et de ses stocks existants et futurs. Dans ce type de financement, il est également fréquent que le prêteur obtienne une sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes le produit des stocks et des créances de sommes d'argent).

3. Titrisation

32. Une autre forme de financement très efficace reposant sur la mobilisation des créances de sommes d'argent est la titrisation. Il s'agit d'un montage financier complexe qui permet à une entreprise commerciale de tirer parti de la valeur de ses créances pour obtenir un financement meilleur marché en transférant celles-ci à une société ad hoc (par exemple un fonds commun de créances) qu'elle détient entièrement et qui émettra sur les marchés financiers du papier commercial ou d'autres valeurs mobilières garantis par le flux des revenus générés par ces créances. Par exemple, cette technique est souvent utilisée pour des créances sous forme de sommes payées par carte de crédit, de loyers ou de prêts hypothécaires, mais beaucoup d'autres types de créances peuvent être titrisées. Les opérations de titrisation sont des opérations financières complexes qui dépendent également des lois d'un État sur les valeurs mobilières et les prêts garantis.

33. La titrisation vise à réduire le coût du financement, étant donné que la société ad hoc est structurée de manière à "écarter" tout risque d'insolvabilité (il est théoriquement impossible qu'elle devienne insolvable), ce qui réduit considérablement un des risques dont le prêteur doit tenir compte pour déterminer le taux d'intérêt applicable au prêt. En outre, comme les crédits proviennent des marchés financiers, il est possible d'en obtenir des montants plus élevés, et ce, à un coût moindre que les prêts bancaires classiques.

34. Voici une illustration d'une opération de titrisation: Une filiale d'un constructeur automobile crée une société ad hoc en vue d'acheter des créances de loyers de crédit-bail automobile à des concessionnaires sur tout un marché géographiquement déterminé. Les créances sont achetées aux concessionnaires pour

un montant inférieur à la valeur prévue des flux de paiement que devraient générer ces crédits-bails. La société ad hoc émet ensuite sur le marché financier, conformément aux lois applicables aux valeurs mobilières, des titres de créance qui sont garantis par ce flux de revenus. À mesure que les loyers sont payés, elle utilise ce produit pour rémunérer ces titres.

4. Financement par des prêts à terme

35. Les entreprises ont souvent besoin de financer des dépenses exceptionnelles importantes, telles que l'acquisition de matériel ou d'une autre entreprise. Elles essaient généralement alors d'obtenir un financement sous la forme de prêts remboursables à échéance fixe (le principal étant payé par versements périodiques, mensuels, trimestriels ou autres, suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt).

36. Comme pour beaucoup d'autres types de financement, les entreprises qui n'ont pas de cote de crédit solide et bien établie auront des difficultés à obtenir des prêts à terme à moins d'être capables de constituer des sûretés réelles mobilières sur leurs actifs pour garantir le financement. Le montant de ce dernier dépendra en partie de la valeur de réalisation nette des actifs à grever estimée par le créancier. Dans de nombreux États, et plus probablement dans les États qui n'ont pas de régime moderne sur les opérations garanties, les biens immeubles sont les seuls types d'actifs généralement acceptés par les prêteurs pour garantir un prêt à terme et, par conséquent, il est souvent impossible d'obtenir des prêts à terme sur d'autres types d'actifs importants, tels que le matériel ou la valeur totale de l'entreprise. Cependant, beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvelles, ne possèdent pas de biens immeubles et n'auront donc probablement pas accès à ce type de financement. Dans d'autres États, les prêts à terme garantis par des biens meubles, tels que du matériel et même des droits de propriété intellectuelle, sont courants.

37. Voici une illustration de ce type de financement: ABC souhaite développer ses activités et acquérir une entreprise dans l'État Y. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur C (calculé sur la valeur de presque tous les actifs de l'entreprise acquise et garanti par ces mêmes actifs). Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur 10 ans. Il est garanti par les actifs existants et futurs d'ABC et de l'entreprise acquise.

5. Transfert de la propriété à titre de garantie

38. Les États qui respectent les transferts de propriété même s'ils sont opérés sans transfert de la possession à des fins de financement reconnaissent les opérations qualifiées de transfert de la propriété à titre de garantie (ou parfois de "transfert fiduciaire de la propriété"). Ces opérations sont pour l'essentiel des sûretés réelles mobilières sans dépossession et sont utilisées principalement dans les États dont la loi sur les opérations garanties ne reconnaît pas encore suffisamment ce type de sûretés.

6. Opérations de cession-bail

39. Une "opération de cession-bail" permet à une société d'obtenir un crédit en tirant parti de ses biens meubles corporels existants (généralement du matériel) tout

en gardant la possession et le droit d'utiliser ces biens dans ses activités. Dans ce type d'opération, la société vend ses biens à une autre personne pour une somme déterminée (qu'elle peut ensuite utiliser pour financer son fonds de roulement, pour effectuer des dépenses d'investissement ou à d'autres fins) tout en les lui relouant pour une durée et un loyer stipulés dans le bail. Ce type d'opération est souvent un "crédit-bail" et non un "bail d'exploitation" (voir par. 27 pour une définition des deux termes).

II. Principaux objectifs d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties

40. Afin de fournir des solutions pratiques opérantes, le Guide explore et développe les objectifs et thèmes principaux ci-après d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties.

A. Promouvoir le crédit garanti

41. Le Guide a pour objectif premier de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché aux personnes se trouvant dans les États qui adoptent une législation fondée sur ses recommandations, de sorte que ces personnes et l'économie toute entière bénéficient des avantages économiques que procure l'accès à ce type de crédit (voir par. 2).

B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque intégrale des biens pour faciliter le crédit dans un large éventail d'opérations de crédit

42. Le succès d'un régime juridique gouvernant les opérations garanties suppose qu'un grand nombre d'entreprises puissent utiliser la valeur intrinsèque intégrale de leurs actifs pour obtenir un crédit dans un large éventail d'opérations de crédit. Pour atteindre cet objectif, il importe que le régime ait une large portée: i) en permettant la constitution d'une sûreté sur un large éventail de biens (y compris les biens existants et futurs); ii) en permettant qu'un large éventail d'obligations (y compris les obligations futures et conditionnelles, monétaires et non monétaires) soient garanties par des sûretés réelles mobilières constituées sur des biens; et iii) en s'appliquant à un large éventail de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit.

C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace

43. Le coût du crédit sera réduit si des sûretés réelles mobilières peuvent être obtenues efficacement. C'est pourquoi le Guide propose des méthodes pour simplifier les procédures d'obtention et plus généralement pour réduire le coût des opérations: suppression des formalités inutiles; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés, plutôt qu'à des dispositifs multiples pour différents types de biens grevés; et possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et pour des

crédits futurs, sans que les parties aient à établir d'autres documents ou à accomplir d'autres formalités.

D. Reconnaître l'autonomie des parties

44. Étant donné qu'un régime efficace en matière d'opérations garanties devrait avoir une souplesse et une durabilité maximales pour englober un large éventail d'opérations de crédit et également pour prendre en compte les formes nouvelles et évolutives d'opérations de crédit, le Guide insiste sur la nécessité de limiter au minimum les règles impératives pour que les parties puissent adapter leurs opérations de crédit à leurs besoins particuliers. Il tient également compte du fait que d'autres lois peuvent protéger les intérêts légitimes des consommateurs ou d'autres personnes et souligne qu'un régime sur les opérations garanties ne devrait pas avoir préséance sur de telles lois.

E. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit

45. Une concurrence saine entre tous les créanciers potentiels étant un moyen efficace de réduire le coût du crédit, le Guide recommande que le régime sur les opérations garanties s'applique de la même manière aux différents créanciers, y compris les banques et d'autres organismes financiers, ainsi qu'aux créanciers nationaux ou étrangers.

F. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession

46. Pour éviter qu'il ne devienne difficile ou impossible au débiteur ou à un autre constituant de continuer à exploiter son entreprise en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que le régime juridique prévoie des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur différents types de biens ainsi que des mécanismes de publicité pour informer le public de leur existence.

G. Encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence

47. Du fait qu'un régime efficace en matière d'opérations garanties devrait également encourager toutes les parties à une opération de crédit à avoir un comportement responsable, le Guide cherche à promouvoir la prévisibilité et la transparence pour permettre aux parties d'évaluer toutes les questions juridiques pertinentes et à prévoir des conséquences appropriées en cas de non-observation des règles applicables, tout en respectant et en abordant les préoccupations concernant la confidentialité.

H. Établir des règles de priorité claires et prévisibles

48. Une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut déterminer, au moment où l'opération a lieu, quel est

son rang de priorité sur les biens par rapport aux autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité). C'est pourquoi le Guide propose l'établissement d'un système d'enregistrement d'avis au public relatifs aux sûretés et, sur la base de ce système, des règles claires permettant aux créanciers de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

I. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace

49. De même, une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut la réaliser de manière prévisible et efficace. Le Guide propose donc des procédures permettant aux créanciers de réaliser ainsi leurs sûretés, sous réserve du contrôle, de la supervision ou de l'examen d'un tribunal ou d'une autre autorité, lorsqu'il y a lieu. Il recommande aussi que l'État coordonne étroitement sa législation sur les opérations garanties et sa législation sur l'insolvabilité afin que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées sous réserve des règles appropriées de la législation sur l'insolvabilité.

J. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées

50. Du fait que les opérations garanties touchent les intérêts de diverses personnes, à savoir le débiteur, d'autres constituants, les créanciers concurrents qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires, les acheteurs et les autres bénéficiaires de transferts et l'État, le Guide propose des règles qui tiennent compte de leurs intérêts légitimes et cherchent à atteindre de manière équilibrée tous les objectifs mentionnés ci-dessus.

K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois

51. L'adoption d'une législation fondée sur les recommandations figurant dans le Guide entraînera une harmonisation des lois sur les opérations garanties (car des règles de droit matériel similaires seront adoptées, ce qui facilitera la reconnaissance internationale des sûretés réelles mobilières) et, ce faisant, favorisera le financement du commerce international et les échanges de biens et de services entre pays. De plus, dans la mesure où il ne sera probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, des règles de conflit seront particulièrement utiles pour faciliter les opérations internationales. En tout état de cause, de telles règles seraient utiles, par exemple pour aider les créanciers garantis à déterminer comment rendre leur sûreté opposable.

A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.2

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

				Paragraphes
IX.	Défaillance et réalisation			1-44
	A.	Remarques générales		1-44
		1.	Introduction	1-7
		2.	Défaillance	8-9
		3.	Réalisation	10-44
			a) Considérations générales	10-14
			b) Notification de l'intention de procéder à la disposition extrajudiciaire	15-16
			c) Mesure dans laquelle les tribunaux supervisent la réalisation	17-21
			d) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation	22
			e) Attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie	23-24
			f) Libération des biens grevés	25-26
			g) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés	27
			h) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant	28-29
			i) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés	30-33
			j) Allocation du produit de la disposition	34-35
			k) Extinction de la sûreté	36
			l) Variations par rapport au cadre général	37-43
			m) Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers	44
	B.	Recommandations		

IX. Défaillance et réalisation

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Un créancier garanti s'attend habituellement à ce qu'un constituant[1] s'acquitte de ses obligations sans qu'il soit obligé de faire jouer sa sûreté sur les biens grevés. Un constituant s'attend lui aussi, généralement, à pouvoir remplir ses obligations garanties envers le créancier garanti. L'un et l'autre sont toutefois conscients que, dans certains cas, le constituant ne sera pas en mesure de respecter ses engagements, par exemple par suite d'une mauvaise gestion ou d'erreurs d'appréciation en matière commerciale, mais également pour des raisons indépendantes de sa volonté, telles qu'une baisse d'activité dans un secteur particulier ou des difficultés économiques plus générales.

2. Le plus souvent, les créanciers garantis examinent périodiquement les activités commerciales de leurs constituants et les biens grevés et prennent contact avec ceux qui montrent des signes de difficultés financières. Les constituants coopèrent généralement avec leurs créanciers garantis pour trouver des moyens de surmonter ces difficultés. En travaillant ensemble, un constituant et ses créanciers peuvent conclure un "concordat" ou un accord de "restructuration", qui prolonge le délai de paiement, modifie d'une autre manière l'obligation du constituant ou augmente ou réduit les biens grevés qui garantissent ses obligations. Deux facteurs juridiques principaux pèsent sur les négociations visant à parvenir à un concordat: le droit du créancier garanti de réaliser ses sûretés sur les biens grevés si le constituant ne s'acquitte pas de l'obligation garantie et la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité soit engagée par ou contre le constituant. Toutefois, on peut penser que le constituant sait pertinemment, bien avant même qu'une procédure formelle ne soit engagée, qu'il ne s'acquitte pas de ses obligations et ce n'est que rarement, voire jamais, qu'un avis émanant du créancier garanti lui apprendra qu'il est défaillant.

3. Au cœur d'un régime d'opérations garanties se trouve le droit du créancier garanti de compter sur le montant susceptible d'être tiré de la réalisation des biens grevés pour se rembourser si le constituant est défaillant. L'existence de mécanismes de réalisation efficaces et économiques permettant aux créanciers de prévoir exactement ce qu'il leur en coûtera en temps et en argent de réaliser les biens grevés aura un impact considérable sur l'offre de crédit et le coût du crédit. Un régime d'opérations garanties devrait, par conséquent, comporter des règles de fond et de procédure à la fois efficaces, prévisibles et économiques pour la réalisation d'une sûreté après la défaillance d'un constituant. Ces règles devraient être claires, simples et transparentes pour qu'il n'y ait aucun doute sur la possibilité de réaliser rapidement une sûreté et de faire vendre efficacement et à un faible coût les biens grevés. Elles devraient aussi prévoir des mesures de protection

---

[1] Dans ces remarques générales, on emploie le terme "constituant", car, dans la grande majorité des cas, ce dernier est aussi le débiteur. Lorsqu'il est fait uniquement référence à un tiers constituant qui n'est pas le débiteur, c'est le terme "débiteur" qui est employé.

raisonnables pour les intérêts du constituant et d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés, ainsi que des autres créanciers du constituant.

4. Le présent chapitre examine la réalisation de la sûreté par le créancier garanti en cas d'inexécution de l'obligation garantie ("défaillance"; voir par. 8 et 9) de la part du constituant avant l'engagement d'une procédure d'insolvabilité ou, avec l'autorisation de l'organe compétent, pendant la procédure d'insolvabilité (l'insolvabilité est traitée au chapitre IX).

5. Le présent guide porte sur les transferts purs et simples de créances de sommes d'argent. Or, en général, l'auteur d'un tel transfert a transféré la totalité de ses droits sur les créances; de sorte qu'il ne conserve aucun droit sur elles et n'a aucun droit sur leur réalisation (le plus souvent le recouvrement). Par conséquent, le présent chapitre ne s'applique au transfert pur et simple de créances de sommes d'argent que lorsque le bénéficiaire peut se retourner contre l'auteur du transfert en cas de non-recouvrement des créances. C'est seulement dans ce cas que l'auteur du transfert a un droit sur la méthode et les autres aspects du recouvrement ou de tout autre mode de disposition des créances de sommes d'argent.

6. Il est possible de se retourner contre le constituant en cas de non-recouvrement de créances de sommes d'argent ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple lorsque le constituant a garanti une partie ou la totalité du paiement des créances par le débiteur en compte. Cette possibilité peut aussi naître d'autres accords fonctionnellement équivalents, comme lorsque i) le constituant accepte de racheter au bénéficiaire du transfert une créance de somme d'argent vendue à ce dernier, si le débiteur en compte de la créance ne paie pas, ou ii) le constituant accepte simplement de payer toute différence entre le prix d'achat d'un ensemble de créances de sommes d'argent et le produit effectif du recouvrement de ces créances lorsque celui-ci est insuffisant.

7. Lorsque l'on parle de possibilité de se retourner contre le constituant en cas de "non-recouvrement", on vise ici le cas où le débiteur en compte ne paie pas pour des raisons de crédit, telle l'incapacité financière de payer. Par conséquent, par exemple, le non-paiement par un débiteur en compte de biens ou de services au motif que ceux-ci sont de mauvaise qualité ou que le constituant ne respecte pas les spécifications fournies par le débiteur ne constituerait pas un cas de non-recouvrement au sens donné ici à ce terme.

2. Défaillance

8. L'accord conclu entre les parties et le droit général des obligations déterminent si le constituant est défaillant et quelles sont les conséquences de la défaillance (par exemple si et comment le constituant peut remédier à la défaillance et si un avis de défaillance est nécessaire)[2].

9. D'une manière générale, le constituant est défaillant lorsqu'il ne s'acquitte pas de l'obligation garantie et, à partir du moment où il est défaillant, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur les biens grevés. En principe, le constituant

---

[2] Il faudrait distinguer entre cette situation et celle où le créancier garanti doit adresser un avis de défaillance avant la disposition extrajudiciaire du bien grevé.

cherchera à contester en justice les allégations du créancier selon lesquelles il serait défaillant ou le calcul du montant dû en raison de la défaillance. Pour éviter de retarder indûment une réalisation légitime, il faudrait que le recours judiciaire soit effectué rapidement. La procédure devrait comporter des garanties de nature à dissuader les constituants de présenter des contestations dépourvues de fondement en vue de retarder la réalisation. Il reste que, même si le constituant ne conteste pas les allégations du créancier garanti sur ces points avant la réalisation des biens grevés, il peut toujours le faire après, lorsque le créancier garanti cherche à recouvrer la différence entre le montant de la créance et le produit de la réalisation si celui-ci est insuffisant.

3. Réalisation

a) Considérations générales

10. Il est important que le système prenne en considération les droits du constituant, d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés et des autres créanciers du constituant. De nombreux systèmes imposent au créancier garanti, lorsqu'il exerce ses droits, l'obligation générale et absolue d'agir de bonne foi et de suivre des normes commercialement raisonnables. Étant donné l'importance de cette obligation, le créancier garanti et le constituant ne peuvent à aucun moment convenir d'y déroger ou de la modifier. Un créancier garanti ne respectant pas les obligations qui lui incombent en vertu du présent chapitre devrait être responsable à l'égard des personnes lésées de tout dommage causé par la défaillance. Ainsi, si un créancier garanti n'agit pas d'une façon commercialement raisonnable lorsqu'il dispose des biens grevés et que, de ce fait, il retire de cette réalisation un montant moindre que s'il avait agi d'une façon commercialement raisonnable, il devrait être redevable de la différence à la personne lésée.

11. Hormis l'obligation d'agir de bonne foi et d'une façon commercialement raisonnable, le constituant et le créancier garanti peuvent, après la défaillance du premier, déroger aux autres obligations visées dans le présent chapitre. Cela met le constituant à l'abri de toute pression du créancier garanti, en vue de déroger à l'obligation ou de la modifier au moment de la conclusion de l'opération garantie. En même temps, le fait d'autoriser une dérogation aux obligations après la défaillance du constituant permettrait plus facilement à ce dernier et au créancier garanti de se mettre d'accord à l'amiable sur une disposition des biens grevés qui maximise le montant susceptible d'en être retiré, au profit du créancier garanti, du constituant et des autres créanciers de ce dernier. En outre, à ce stade, le créancier garanti a déjà octroyé le crédit, et le constituant en sait souvent plus que lui sur les biens grevés et sur la manière de les réaliser au mieux.

12. La question essentielle pour un régime d'opérations garanties est de savoir quelles modifications devraient éventuellement être apportées aux règles normales de recouvrement des créances pour faciliter la réalisation des sûretés. Certains régimes, par exemple, prévoient une procédure judiciaire accélérée. D'autres autorisent le créancier garanti, au moins à titre préliminaire mais sous réserve de l'intervention d'un tribunal à la demande du constituant et sous réserve également de l'obligation susmentionnée d'agir de bonne foi et d'une façon commercialement raisonnable, à déterminer s'il y a eu manquement, à prendre possession des biens grevés et à en disposer sans intervention directe d'un tribunal ou d'un administrateur. Les procédures judiciaires et extrajudiciaires accélérées devraient

cependant tenir compte du droit d'autres personnes à être entendues afin de protéger leurs revendications légitimes concernant les biens grevés. En outre, la répartition des ressources au sein du système judiciaire et le fait d'autoriser des particuliers à prendre des mesures qui ont des effets sur autrui soulèvent nécessairement des questions d'intérêt général. Il est essentiel que le rôle des autorités judiciaires ou d'autres autorités administratives dans la réalisation des sûretés soit déterminé de manière claire et simple.

13. La maximisation du montant retiré de la disposition des biens grevés après la défaillance du constituant profite à toutes les parties intéressées (c'est-à-dire le créancier garanti, le débiteur ou le constituant et les autres créanciers). Le créancier garanti bénéficie de la réduction éventuelle du montant résiduel pouvant être dû par le constituant en tant que dette non garantie après affectation du produit de la disposition ou du recouvrement des biens grevés au paiement de l'obligation garantie. Le constituant et ses autres créanciers, quant à eux, bénéficient d'une dette résiduelle moindre ou d'un excédent de fonds plus important. Un régime d'opérations garanties qui facilite la disposition ou le recouvrement et en réduit le coût, tout en obligeant le créancier garanti à exercer ses voies de droit de bonne foi et d'une façon commercialement raisonnable, augmentera le produit de la disposition desdits biens.

14. Une sûreté revêt une importance particulière pour un créancier garanti lorsque le constituant connaît des difficultés financières. Un constituant en proie à des difficultés financières risque davantage de ne pas s'acquitter de ses obligations et peut se retrouver, volontairement ou involontairement, soumis à une procédure d'insolvabilité. Les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits du créancier garanti et sur son évaluation des biens grevés sont examinés au chapitre IX.

b) Notification de l'intention de procéder à la disposition extrajudiciaire

15. Les lois sur les opérations garanties qui prévoient la disposition non judiciaire imposent normalement qu'une notification d'intention de disposer des biens grevés soit adressée aux personnes susceptibles d'être affectées par la disposition (par exemple le créancier, un tiers constituant et toute personne ayant des droits sur les biens grevés), et qu'elle précise le moment et le lieu prévus de la disposition. Le principal avantage d'une notification au débiteur ou au constituant est qu'elle attire leur attention sur la nécessité de protéger leurs droits sur les biens grevés (le débiteur sait qu'il est défaillant mais le tiers constituant l'ignore peut-être), par exemple en remédiant à la défaillance du débiteur, si cela est autorisé par ailleurs, ou en cherchant des acheteurs potentiels pour les biens grevés. Une notification aux autres parties intéressées permet à ces dernières de suivre la réalisation ultérieure de la sûreté par le créancier garanti et, s'il s'agit de créanciers garantis dont les sûretés sont prioritaires (et que le constituant est défaillant également à leur égard), de participer à la procédure de réalisation ou de la prendre en main. Les inconvénients de la notification comprennent son coût, la possibilité qu'elle donne à un constituant non coopératif de mettre les biens grevés hors de portée du créancier et le risque que d'autres créanciers se précipitent pour faire valoir leurs droits sur les biens de l'entreprise du constituant et gênent la procédure de disposition. De plus, si les exigences relatives aux notifications ne sont pas claires et simples, elles créent le risque de non-respect "technique", qui est une source de litiges et de perte injustifiée de droits. De nombreux systèmes juridiques qui exigent la notification de

l'intention de disposer des biens grevés exigent, en plus, l'envoi d'un avis de défaillance (voir par. 8 et 9) ou d'un avis de réalisation extrajudiciaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, selon que la recommandation 99 du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1 relative à la notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire sera retenue ou non, il sera peut-être nécessaire de revoir le commentaire*.]

16. En ce qui concerne d'autres situations dans lesquelles une notification peut être nécessaire, dans les systèmes juridiques exigeant un avis de défaillance, une loi sur les opérations garanties énonce en principe le contenu minimal de l'avis, la façon dont il doit être donné et le moment où il doit l'être. À cet égard, la loi pourrait établir une distinction entre notification au débiteur, notification au constituant lorsque celui-ci n'est pas le débiteur, notification aux autres créanciers et notification aux autorités publiques ou au public en général. Une analyse coût-avantages permettra de déterminer si le créancier garanti devrait être tenu d'adresser une notification écrite préalable à d'autres personnes que le débiteur, le constituant et les autres créanciers garantis connus, à savoir ceux qui ont inscrit un avis de constitution de sûreté ou ont informé d'une autre façon le créancier garanti qui se propose de disposer des biens grevés. Selon un autre système, le conservateur du registre pourrait être tenu de faire une telle notification à ceux qui ont inscrit un avis (voir art. 54 de la Loi type interaméricaine). En ce qui concerne les informations devant figurer dans la notification au débiteur et au constituant, là encore, une analyse coût-avantages est nécessaire. La loi pourrait exiger que la notification contienne le décompte, établi par le créancier garanti, du montant dû en raison de la défaillance. Elle pourrait aussi imposer d'y faire figurer des conseils au débiteur ou au constituant concernant les mesures à prendre pour payer l'obligation garantie dans sa totalité ou, si ce droit existe, remédier à la défaillance. Le créancier garanti pourrait également être tenu d'indiquer, au moins à titre provisoire, les mesures qu'il a l'intention de prendre pour disposer des biens grevés. Il n'est peut-être pas nécessaire que les notifications aux autres parties intéressées soient aussi complètes ou précises que la notification au débiteur et au constituant.

c) Mesure dans laquelle les tribunaux supervisent la réalisation

17. Une question essentielle pour un régime d'opérations garanties est de savoir dans quelle mesure le créancier garanti doit recourir aux tribunaux ou à d'autres autorités (par exemple un huissier de justice, un notaire ou la police) plutôt qu'à une procédure extrajudiciaire pour réaliser sa sûreté. Pour protéger le constituant et les autres parties ayant des droits sur les biens grevés, certains systèmes juridiques font obligation au créancier garanti de faire appel exclusivement aux tribunaux ou à d'autres autorités publiques pour réaliser sa sûreté. Cependant, comme dans bien des cas la procédure judiciaire ne permet pas d'obtenir un résultat de manière rapide et économique ou risque fort de ne pas retirer le montant maximum possible des biens grevés, cette obligation aura un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût du crédit. La durée et le coût de ces procédures réduisent le montant qui sera retiré de la réalisation des biens grevés et seront pris en compte dans le coût de l'opération de financement.

18. Pour éviter ces problèmes, certains systèmes juridiques n'obligent pas le créancier garanti à saisir les tribunaux ou d'autres autorités publiques. Par contre, les tribunaux sont à tout moment à la disposition des personnes intéressées mais n'interviennent que s'ils sont saisis. Un système bien conçu peut offrir une protection au constituant et aux autres personnes ayant un intérêt à ce que le montant qui sera retiré de la réalisation des biens grevés soit le plus élevé possible, tout en permettant de réaliser au mieux les biens grevés. Dans ces systèmes juridiques, le créancier garanti est souvent autorisé à réaliser sa sûreté sans intervention préalable d'institutions publiques officielles telles que les tribunaux, les huissiers de justice ou la police. D'autres systèmes juridiques ne prévoient qu'une intervention préalable limitée d'institutions publiques officielles dans la procédure de réalisation. Par exemple, le créancier garanti peut demander à un tribunal de rendre une ordonnance de remise en possession, ce que le tribunal fait sans entendre les parties (le constituant peut cependant engager une procédure distincte pour contester cette ordonnance; voir l'article 57 de la Loi type interaméricaine). Dans ce cas, une fois en possession du bien, le créancier garanti peut le vendre directement sans intervention du tribunal suivant certaines procédures prescrites (voir l'article 59 de la Loi type interaméricaine). Cette approche se justifie par le fait qu'il est souvent plus souple, plus rapide et moins coûteux de laisser le créancier garanti ou un tiers de confiance prendre possession des biens et en disposer que de laisser les autorités publiques prendre en main la procédure. La possibilité d'une intervention judiciaire à la demande de toute partie et les obligations juridiques imposées en matière de conduite suffisent souvent à rendre inutile le recours aux tribunaux. Le fait de savoir que le tribunal peut facilement intervenir suffit souvent comme incitation à coopérer et à se conduire de manière raisonnable.

19. Néanmoins, même dans ces systèmes juridiques, il est possible de saisir les tribunaux pour faire reconnaître les revendications et moyens de défense légitimes du constituant et d'autres parties ayant des droits sur les biens grevés. Pour informer ces parties et leur donner la possibilité de réagir, le créancier garanti peut être tenu de leur adresser une notification de son intention de procéder à la disposition et, éventuellement, un avis de défaillance (voir par. 8 et 9). En outre, il n'est pas autorisé à exercer son droit de prendre possession des biens grevés, si cet exercice est de nature à troubler l'ordre public. De plus, lorsqu'il dispose des biens grevés, le créancier garanti doit agir d'une façon "commercialement raisonnable" (voir par. 10). Cette exigence a pour but et pour effet d'établir un équilibre entre les intérêts du constituant (et de ses autres créanciers) et ceux du créancier garanti en laissant une certaine latitude dans le choix de la méthode de disposition utilisée, de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables.

20. Même s'il est autorisé à agir sans intervention officielle, un créancier garanti a aussi normalement le droit d'essayer de réaliser sa sûreté au moyen d'une action judiciaire. Il peut choisir d'ester en justice plutôt que d'agir lui-même pour un certain nombre de raisons. Par exemple, il souhaitera peut-être éviter le risque de voir ses actes privés contestés par la suite ou il peut parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon intenter une action en justice pour recouvrer une partie de sa créance car il s'attend à ce que le produit de la réalisation soit insuffisant. La décision du créancier garanti d'exercer des voies de droit avec ou sans intervention du tribunal ne l'empêche pas par la suite d'en exercer une autre.

21. Qu'ils exigent ou non du créancier garanti qu'il fasse appel aux tribunaux, de nombreux systèmes juridiques modifient les règles normales de la procédure civile lorsqu'un créancier garanti cherche à réaliser une sûreté, par exemple en limitant le délai dans lequel le tribunal doit agir, ou les revendications ou moyens de défense que les parties peuvent présenter. Si le tribunal conclut qu'il y a eu défaillance du constituant, l'objectif de toute décision est de désintéresser le créancier garanti. Le tribunal est généralement habilité à ordonner au constituant de payer l'obligation, de disposer des biens grevés dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de remettre ces biens au créancier garanti ou au tribunal en vue de leur disposition.

d) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation

22. Une autre question essentielle est de savoir dans quelle mesure le créancier garanti et le constituant peuvent convenir de déroger à la loi pour réaliser la sûreté. Dans certains systèmes juridiques, la procédure de réalisation relève de la loi impérative qui n'est pas susceptible de dérogation conventionnelle. Dans d'autres, les parties sont autorisées à déroger à la loi à condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public, aux priorités et aux droits des tiers (en particulier en cas d'insolvabilité). Dans d'autres encore, l'accent est mis sur des mécanismes de réalisation efficaces dans lesquels la réalisation judiciaire n'est pas la procédure exclusive ou principale. Même si un système limite le droit du créancier garanti et du constituant de s'entendre pour déroger à la loi, le fait de permettre aux parties de convenir librement des conséquences de leur opération après défaillance encourage une allocation efficace des ressources. Cette liberté peut toutefois faire l'objet d'abus lors de la conclusion de la convention constitutive de sûreté. C'est pourquoi la loi ne reconnaît parfois que les accords de dérogation qui sont conclus après la défaillance du constituant. Quoi qu'il en soit, on ne peut, conventionnellement, modifier l'obligation du créancier garanti d'agir d'une façon commercialement raisonnable et de bonne foi ou y déroger (voir par. 10).

e) Attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie

23. Après défaillance, le créancier garanti peut proposer au constituant de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. La plupart des lois privent d'effet un accord antérieur à la défaillance qui transfère automatiquement la propriété des biens grevés au créancier garanti en cas de défaillance. Certaines, en revanche, donnent force obligatoire à un accord postérieur. Le fait de permettre la conclusion d'accords après la défaillance a l'avantage d'accélérer la réalisation de la sûreté et de réduire le coût de la réalisation: ce dont profitent à la fois le constituant et le créancier garanti, auxquels sont épargnés des frais et des risques liés à la réalisation. L'inconvénient est qu'il peut y avoir un risque d'abus dans les rares cas où, à la fois, i) les biens grevés ont une valeur plus élevée que l'obligation garantie et ii) le créancier garanti a, même après la défaillance, un pouvoir inhabituel sur le constituant et les tiers intéressés.

24. La loi peut prévenir les comportements abusifs du créancier garanti dans le cadre de tels accords en exigeant non seulement le consentement du constituant, mais aussi une notification aux tiers ayant des droits sur les biens grevés et l'absence d'objection de leur part: le droit de veto absolu des personnes dont le consentement est requis ou qui peuvent faire objection devrait suffire à protéger des abus. En outre, l'accord d'un tribunal peut être exigé dans certaines circonstances,

par exemple lorsque le constituant a effectué d'importants paiements en remboursement de l'obligation garantie. La loi pourrait également prescrire une évaluation officielle des biens grevés. Là encore, il faudrait réaliser une analyse coût-avantages pour déterminer s'il convient d'imposer l'intervention du tribunal dans cette procédure par ailleurs privée entre parties consentantes.

f) Libération des biens grevés

25. La plupart des lois permettent à un constituant défaillant de libérer les biens grevés avant que le créancier garanti n'en dispose, en s'acquittant du solde de l'obligation garantie, y compris les intérêts et les frais de réalisation jusqu'au moment de la libération. Cette dernière met fin à l'opération. L'espoir de libérer les biens grevés peut encourager le constituant à rechercher des acquéreurs potentiels disposés à acheter lesdits biens et à suivre de près les actes du créancier garanti. La libération des biens grevés doit être distinguée de la régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie. Cette régularisation (par le versement d'une mensualité non acquittée avant la disposition, par exemple), si elle est autorisée par le droit général des obligations, remédie à une défaillance, l'obligation dont l'exécution est rétablie continuant d'être garantie par les biens grevés. Il n'y a libération des biens grevés que lorsque l'obligation garantie a été entièrement exécutée.

26. Le constituant conserve généralement son droit de libération i) jusqu'à la disposition des biens grevés ou la réception du paiement par le créancier garanti, ii) jusqu'à ce que le créancier garanti s'engage à disposer des biens grevés, ou iii) jusqu'à ce que le créancier garanti se voie attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, selon ce qui intervient en premier.

g) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés

27. À la suite d'une défaillance, le souci du créancier garanti est d'obtenir autant que faire se peut le meilleur prix possible pour les biens grevés. Le constituant connaissant souvent mieux que lui le marché de ces biens, il pourrait se voir accorder un délai très limité après la défaillance dans lequel il est autorisé à en disposer lui-même. Le meilleur moyen, pour cela, serait peut-être que le constituant porte l'acheteur potentiel à l'attention du créancier garanti plutôt que de fixer un délai dans lequel ce dernier ne peut faire de démarches en vue de la disposition des biens grevés. En tout état de cause, le régime devrait être structuré de manière à inciter le constituant à coopérer avec le créancier garanti.

h) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant

28. Lors de la défaillance du constituant, le créancier garanti qui n'est pas déjà en possession des biens grevés redoute leur éventuelle dispersion ou utilisation abusive. Il est possible d'atténuer cette crainte en remettant les biens à un tribunal, à un agent public, à un tiers digne de confiance ou au créancier garanti lui-même. Autoriser le créancier garanti à prendre possession des biens grevés sans l'intervention ou avec l'intervention limitée d'un tribunal ou d'une autre autorité réduit les frais de réalisation (voir par. 17 et 18). Cependant, même les lois qui permettent une telle prise de possession des biens grevés par le créancier garanti tiennent compte de la possibilité d'abus, en particulier des risques de trouble de l'ordre public ou d'intimidation. En conséquence, la plupart d'entre elles

subordonnent la prise de possession à l'obligation de ne pas troubler l'ordre public. Certaines exigent un préavis de défaillance avant toute prise de possession, d'autres non, au motif qu'un constituant défaillant aux abois pourrait alors tenter de dissimuler ou transférer les biens grevés avant que le créancier garanti n'en prenne possession.

29. Dans le cas particulier où les biens grevés risquent de se déprécier, la plupart des législations prévoient qu'un tribunal ou une autre autorité compétente peut ordonner des mesures conservatoires accélérées en vue de préserver la valeur des biens.

i) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés

30. Une sûreté donne le droit au créancier garanti de faire vendre les biens grevés ou d'en disposer d'une autre manière. La loi devrait prévoir des procédures générales supplémentaires pour la disposition des biens grevés, qui pourrait par exemple s'effectuer sous la direction du créancier garanti ou d'une autorité judiciaire. Ces dispositions devraient indiquer la méthode de publicité à utiliser pour un acte de disposition proposé, si les biens doivent être vendus aux enchères et si le créancier a le droit de les vendre, de les louer, de les mettre sous licence ou de les mettre en recouvrement. L'objectif de la disposition devrait être de maximiser le montant retiré de la réalisation des biens grevés, sans porter atteinte aux revendications et moyens de défense légitimes du constituant et d'autres personnes.

31. Les systèmes juridiques existants énoncent des prescriptions plus ou moins formelles. Certains soumettent les actes de disposition aux mêmes procédures publiques que celles qui sont utilisées pour l'exécution des jugements des tribunaux. D'autres permettent au créancier garanti de diriger la disposition mais prescrivent des procédures uniformes pour la disposition par vente aux enchères publiques des biens grevés, en énonçant des règles relatives à des questions telles que le moment, la publicité et le prix minimum. D'autres encore permettent au créancier garanti de procéder à la disposition (y compris privée) des biens grevés – pour autant, toujours, qu'il respecte des critères indépendants, à savoir la bonne foi et le caractère commercialement raisonnable. La souplesse a des avantages pour le constituant, le créancier garanti, les autres personnes ayant un droit sur les biens grevés et les autres créanciers du constituant, car une enchère publique formelle n'est pas toujours le meilleur moyen de maximiser le montant net qui pourra être obtenu. Ces systèmes peuvent subordonner le droit du créancier au consentement du constituant, soit dans l'accord constitutif de sûreté, soit après la défaillance. Le créancier garanti doit habituellement respecter un critère général (exprimé par des formules du type "commercialement raisonnable" ou "avec le soin d'un homme d'affaires prudent"). Il peut également exister des règles spéciales portant sur la façon dont le produit de la disposition doit être conservé avant sa répartition.

32. La plupart des lois sur les opérations garanties exigent qu'un acte de disposition proposé soit notifié à certaines parties, que la vente fasse l'objet d'une publicité ou que des offres soient sollicitées auprès des parties appropriées. En raison du caractère définitif de toute disposition, il faut prévoir des règles détaillées pour informer les parties intéressées afin qu'elles protègent leurs intérêts. Des procédures spéciales peuvent être prescrites pour la vente d'une entreprise en vue de la poursuite de ses activités.

33. La mise en recouvrement de créances de sommes d'argent et d'instruments négociables n'est pas toujours facile à intégrer dans les procédures de disposition des biens grevés. Aussi de nombreux systèmes prévoient-ils des règles spéciales pour ce type de bien grevé, en particulier le droit pour le créancier garanti de recouvrer directement auprès du débiteur la créance ou le document négociable et le droit d'exiger du débiteur qu'il paie toute somme due directement au créancier garanti (voir par. 37).

j) Allocation du produit de la disposition

34. Les lois sur les opérations garanties énoncent des règles sur la répartition du produit de la disposition. Le plus souvent, il faut payer d'abord les frais raisonnables de réalisation et ensuite l'obligation garantie. Les lois contiennent généralement des règles indiquant si et, dans l'affirmative, quand un créancier garanti est chargé de répartir le produit entre une partie ou l'ensemble des autres créanciers garantis (par exemple ceux de rang inférieur) détenant des sûretés sur les mêmes biens. Ces règles exigent souvent que le créancier garanti soit avisé de l'existence de ces autres sûretés et que tout excédent de fonds soit remis au constituant.

35. Le produit de la disposition est affecté au paiement des frais de répartition et au remboursement de l'obligation garantie. Si, après la répartition, les fonds sont insuffisants, l'obligation n'est remboursée qu'à hauteur du produit reçu. Le créancier garanti a normalement le droit de recouvrer le solde auprès du constituant. À moins que le constituant n'ait constitué une sûreté sur d'autres biens au bénéfice du créancier, la créance de ce dernier sur le solde non versé n'est pas garantie (bien que le créancier garanti ait pu se voir octroyer des sûretés par un tiers).

k) Extinction de la sûreté

36. Les lois sur les opérations garanties prévoient normalement que la disposition des biens grevés en faveur de la personne qui les acquiert lorsque le créancier garanti en dispose met fin à la sûreté. La sûreté du créancier garanti s'éteint, de même que les droits du constituant et les droits de tout créancier garanti de rang inférieur ou de toute autre personne titulaire d'un droit de rang inférieur sur les biens grevés. La loi dispose habituellement que les droits d'autres personnes sur les biens grevés (notamment d'autres créanciers garantis) subsistent nonobstant la disposition des biens au cours de la procédure de réalisation.

l) Variations par rapport au cadre général

37. Une loi sur les opérations garanties qui porte sur de nombreux types de biens grevés énonce, si nécessaire, des règles spéciales pour la disposition de certains types de biens. C'est en particulier le cas des créances de sommes d'argent, des instruments négociables, des fonds crédités sur un compte bancaire ou du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, qu'il s'agisse des biens initialement grevés ou simplement d'un paiement garanti ou de l'exécution par un autre moyen d'autres obligations (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26, recommandations 102 et 103; A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recommandations 106 *bis* à 108). Par exemple, un créancier garanti détenant une sûreté sur une créance de somme d'argent a normalement le droit d'informer le débiteur en compte de la créance qu'il doit le payer directement après défaillance du

constituant. Le créancier garanti/cessionnaire peut envoyer la notification et les instructions de paiement même en violation d'une convention passée avec le constituant/cédant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26, recommandation 16 *quater* b)). Autrement, en cas de défaillance du constituant/cédant (lorsque ce dernier se montre peu coopératif avec le créancier garanti/cessionnaire), le créancier garanti/cessionnaire peut être empêché de réaliser sa sûreté. Un créancier garanti a aussi le droit de disposer d'une créance de somme d'argent ou de la conserver (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recommandations 93 d) et e), 110 et 113).

38. Si la sûreté est sur des fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti peut en obtenir le paiement ou exercer d'une autre façon son droit au paiement de ces fonds après la défaillance, voire avant, s'il en est ainsi convenu avec le constituant. Dans tous les cas, la banque dépositaire i) a les mêmes droits et obligations, ii) a les mêmes droits à compensation, iii) n'est tenue de payer aucune autre personne que celle qui a le contrôle du compte et iv) n'est pas tenue de répondre aux demandes d'information (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recommandations X, Y et 106 *bis* à 108). À la différence d'un créancier garanti qui doit d'abord recouvrer les fonds avant de les affecter à l'obligation garantie, une banque dépositaire agissant en qualité de créancier garanti peut affecter les fonds directement à l'obligation garantie. La réalisation des droits à compensation de la banque dépositaire reste régie par d'autres lois.

39. Si la sûreté est sur un instrument négociable, le créancier garanti peut en obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2, recommandation 104). Toutefois, dans les relations entre le créancier garanti et i) le tiré; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière. Ainsi, i) le tiré peut être tenu de ne payer qu'à un porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et ii) le droit du tiré d'opposer des exceptions à son obligation de paiement est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.

40. Si la sûreté est sur un document négociable, les règles générales relatives à la réalisation des sûretés s'appliquent. Des règles particulières peuvent s'appliquer pour préserver les droits de certaines personnes protégées en vertu de la loi régissant les documents négociables (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recommandation 109). En particulier, l'émetteur est susceptible d'être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les concernant.

41. Les règles générales de réalisation s'appliquent également à la réalisation de sûretés sur le produit (sauf si le produit prend la forme de créances de sommes d'argent ou d'autres biens particuliers tels que ceux mentionnés dans les paragraphes précédents, auquel cas ce sont les recommandations relatives à la réalisation des sûretés grevant des biens particuliers qui s'appliquent; voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur la réalisation d'une sûreté sur le produit).

42. Il en va de même pour la réalisation de sûretés sur des biens rattachés à un bien meuble (par exemple des moteurs d'automobiles). S'agissant de la réalisation de sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles, des règles spéciales s'appliquent afin de préserver les droits des créanciers sur les biens immeubles (voir

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur la réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés). Ces règles traitent par exemple du cas où un bien rattaché (ascenseur, par exemple) est retiré d'un bien immeuble dont le constituant n'a pas la propriété.

43. Les recommandations générales relatives à la réalisation s'appliquent aussi à la réalisation de sûretés sur des masses (par exemple céréales dans un silo, ou pétrole dans un réservoir) ou produits finis (par exemple gâteau confectionné avec du sucre, des œufs, de la farine et de l'eau). Ainsi, si les biens grevés sont du pétrole de valeur 5 dans un réservoir contenant du pétrole de valeur 100, le créancier garanti ne devrait pouvoir faire valoir son droit que sur une quantité de pétrole de valeur 5. Si le bien grevé peut être séparé, le créancier garanti ne devrait pouvoir disposer de cette quantité que de manière commercialement raisonnable. Si le bien grevé ne peut être facilement séparé, il se peut alors qu'il faille vendre l'ensemble de la masse ou du produit fini.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Pour la réalisation de sûretés sur des meubles par anticipation ou des récoltes, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander tout d'abord s'il convient même de traiter ces types de biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur les meubles par anticipation et les récoltes)*.]

m) Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers

44. D'autres créanciers du constituant peuvent recourir aux tribunaux pour recouvrer leurs créances contre ce dernier, et les règles de procédure peuvent leur donner le droit d'obtenir la disposition forcée des biens grevés, sous réserve des sûretés du créancier garanti. Celui-ci s'appuiera sur les règles de procédure relatives à l'intervention dans de telles actions judiciaires en vue de protéger son rang de priorité. Dans de rares cas, les règles de procédure peuvent prévoir des exceptions aux règles générales de priorité. Dans certains systèmes juridiques, par exemple, un tribunal peut ordonner à une personne qui doit de l'argent à un débiteur judiciaire de payer le créancier judiciaire. Si la décision du tribunal peut effectivement donner la priorité au créancier judiciaire sur un bien grevé sur lequel la sûreté du créancier garanti est opposable, le résultat aura inévitablement un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût du crédit octroyé sur la base de biens grevés.

B. Recommandations

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les recommandations générales relatives à la réalisation figurent dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, tandis que celles qui concernent la réalisation de sûretés grevant des biens particuliers sont contenues dans les documents A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 4*.]

I. Note du Secrétariat sur les sûretés: projet de guide législatif sur les opérations garanties: sûretés réelles mobilières sur des créances

(A/CN.9/611 et Add.1 à 3) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Sûretés réelles mobilières sur des créances. . . . . .

Sûretés réelles mobilières sur des créances

[*Note à l'intention de la Commission: Lorsqu'elle discutera de la question des sûretés réelles mobilières sur des créances, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions a) ("sûreté réelle mobilière"), d) ("créancier garanti"), f) ("constituant"), p) ("créance de somme d'argent", ci-après "créance"), q) ("cession"), r) ("cédant"), s) ("cessionnaire"), t) ("cession subséquente"), u) ("débiteur de la créance de somme d'argent"), v) ("notification de la cession") et w) ("contrat initial") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu'elle s'applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les obligations non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, le produit d'engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle;

[*Note à l'intention de la Commission: Pour ce qui est des créances non contractuelles, la Commission voudra peut-être se référer à la note qui suit la définition p) ("créance de somme d'argent") dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1. En ce qui concerne les obligations non monétaires contractuelles, le commentaire expliquera que les recommandations générales s'appliquent à ces obligations mais aussi que la législation générale autre que celle recommandée dans le projet de guide s'applique aux droits des débiteurs de ces obligations.*]

...

f) En général, aux transferts purs et simples de créances;

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, étant donné que la définition du terme "créance de somme d'argent" exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, la recommandation 3 f)*

ne s'applique pas au transfert pur et simple d'un instrument négociable, du produit d'un engagement de garantie indépendant et d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. En revanche, les recommandations s'appliquent aux transferts de ces biens à titre de garantie car ils sont traités comme des opérations garanties. Par exemple, le transfert à titre de garantie d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est considéré comme une méthode de prise de contrôle (voir la définition du terme "contrôle" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1, par. 21 ee) et gg)). Le commentaire expliquera que les transferts purs et simples d'instruments négociables, du produit d'engagements de garantie indépendants et de fonds crédités sur un compte bancaire ont été exclus car: i) ils soulèvent des questions différentes et nécessiteraient des règles spéciales, ii) à la différence des créances où un conflit de priorité entre un transfert à titre de garantie et un transfert pur et simple se réglerait en fonction de l'ordre d'inscription, dans le cas des instruments négociables, un créancier garanti pourrait toujours obtenir un rang supérieur en prenant possession de l'instrument, tandis que, dans le cas du produit d'un engagement de garantie indépendant et de fonds crédités sur un compte bancaire, il pourrait obtenir un rang supérieur par contrôle. Le commentaire examinera aussi les questions soulevées par les transferts purs et simples d'instruments négociables autres que les chèques à l'intention des États qui souhaiteraient les traiter dans la loi.]

4. Sauf dans la mesure limitée prévue dans les recommandations 16 et 37 relatives à une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou une autre obligation qui entre dans le champ d'application du Guide, la loi ne devrait pas s'appliquer aux sûretés réelles mobilières portant sur [*voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7*].

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des créances

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales s'appliquent sauf si elles sont modifiées par des recommandations relatives à des biens particuliers.*]

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

13. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures, les obligations conditionnelles et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également prévoir qu'une telle sûreté peut être octroyée sur tous les types de biens, y compris des fractions de biens, des droits indivis sur des biens et des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne peut pas encore disposer ou qui n'existent pas encore au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, ainsi que sur le produit. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement décrites dans la loi.

Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances

14. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

b) Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances [*voir l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession*].

Efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité

15. La loi devrait prévoir que:

a) Une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que l'alinéa a) de la recommandation 15 prive d'effet uniquement une convention entre un débiteur et un créancier qui limite le droit du second de céder la créance qu'il détient sur le preneur. Si la créance est cédée, le débiteur est appelé "débiteur de la créance" et le créancier "cédant".*

Par exemple, si une convention pour la location de biens meubles corporels limite le droit du bailleur de céder les loyers qui lui sont dus en vertu du bail, l'alinéa a) de la recommandation 15 prive d'effet cette restriction car la convention est passée entre le débiteur (le preneur) et le créancier (le bailleur) de la créance (le loyer dû en vertu du bail). À l'inverse, si la convention de location entre le bailleur et le preneur limite le droit de ce dernier de céder une créance prenant la forme de loyers qui lui sont dus par le sous-locataire en vertu d'un contrat de sous-location, l'alinéa a) de la recommandation 15 ne s'applique pas et aucune disposition du présent Guide ne prive d'effet la restriction. Il en est ainsi parce que la convention limitant le droit du preneur de céder les loyers qui lui sont dus par le sous-locataire dans le cadre de la sous-location n'est pas une convention entre le preneur (bailleur et créancier dans la sous-location) et le sous-locataire (débiteur dans la sous-location). La question de savoir si la restriction dans le contrat de location peut être opposée au preneur serait tranchée par une loi autre que celle recommandée dans le présent Guide.

La même analyse serait valable si la restriction était contenue dans une licence de propriété intellectuelle. L'alinéa a) de la recommandation 15 priverait d'effet une clause du contrat de licence qui empêcherait le donneur de licence de céder les redevances dues par le titulaire de la licence. En revanche, elle ne priverait pas d'effet une clause du contrat de licence empêchant ce dernier de céder les redevances d'une sous-licence. L'efficacité ou non de cette dernière clause serait déterminée par une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide.]

b) Si une autre loi impose une obligation ou une responsabilité quelconque au cédant pour la violation d'une telle convention, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naissent les créances

cédées ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

c) La présente recommandation s'applique uniquement aux cessions de créances:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

[*Note à l'intention de la Commission: la Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la "résolution" du contrat mentionnée à l'alinéa b) désigne le fait de mettre fin au contrat en général.*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance cédée, un instrument négociable ou toute autre obligation

16. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi s'étend automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, à toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation;

b) Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, la sûreté réelle mobilière s'étend automatiquement au produit de l'engagement, mais non au droit de tirer l'engagement;

c) La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit;

d) Une sûreté réelle mobilière est constituée en vertu de l'alinéa a) de la présente recommandation sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument ou le débiteur de l'obligation limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté réelle mobilière sur cette créance, cet instrument ou cette obligation, ou sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant cette créance, cet instrument ou cette obligation;

e) Si une autre loi impose une obligation ou une responsabilité quelconque au constituant pour la violation de la convention mentionnée à l'alinéa d) de la

présente recommandation, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation, ou la convention constitutive de sûreté créant la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

f) Les alinéas d) et e) de la présente recommandation s'appliquent uniquement aux sûretés réelles mobilières sur des créances, des instruments négociables ou d'autres obligations:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

g) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté réelle avec dépossession au titre de l'alinéa a) de la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations que le constituant a envers le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou le débiteur de toute autre obligation concernant le bien en question en vertu de la loi régissant cette sûreté avec dépossession;

h) À condition que la constitution automatique d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, prévue à l'alinéa a) de la présente recommandation, et son opposabilité automatique, prévue dans la recommandation 37, ne soient pas compromises, la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences d'une loi autre que la présente loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution de sûretés réelles mobilières sur des biens quelconques, garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, qui sortent du champ d'application de la présente loi.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 16 a pour objet de faciliter les opérations de financement, telles que les titrisations de portefeuilles de prêts garantis par des sûretés réelles mobilières ou immobilières. Dans de tels cas, l'acheteur des prêts voudra pouvoir se prévaloir des sûretés garantissant les prêts mais sans avoir à supporter, dès l'achat, la dépense supplémentaire d'un acte de transfert séparé (si une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide exige un tel acte) pour chaque prêt du portefeuille, qui pourrait en contenir des centaines ou des milliers. Des actes de transfert séparés seraient éventuellement nécessaires (si l'autre loi l'exige) uniquement pour le recouvrement des prêts non remboursés par la suite, lesquels représentent généralement une petite partie des*

prêts du portefeuille. L'acheteur pourrait décider d'accepter le coût de ces actes de transfert lors du recouvrement, qu'il soit effectué volontairement par le vendeur ou avec l'assistance d'une juridiction. Cependant, pour décider de l'achat ou non des prêts et de leur prix, l'acheteur tiendrait compte du coût des actes de transfert séparés uniquement pour la petite partie des prêts dont il prévoit qu'ils ne seront pas remboursés mais non pour l'ensemble des prêts du portefeuille. L'acheteur réduisant ainsi ses dépenses, le vendeur devrait être en mesure d'obtenir un prix de vente plus élevé, ce qui augmenterait les fonds à sa disposition.

Le commentaire précisera également que la recommandation 16 s'applique aux transferts purs et simples de créances (mais non d'instruments négociables ou d'autres obligations) puisque le projet de guide ne s'applique, d'une manière générale, qu'aux transferts purs et simples de créances.

Le commentaire précisera aussi que les alinéas a) à c) suivent le libellé du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession auquel les modifications appropriées ont été apportées compte tenu du caractère national de la loi recommandée dans le projet de guide, alors que les alinéas d) à f) suivent le libellé de la recommandation 15 et des paragraphes 2 à 4 de l'article 10 de la Convention.

En outre, le commentaire précisera que l'alinéa g) suit le libellé du paragraphe 5 de l'article 10 de la Convention, selon lequel, si la sûreté implique la remise de la possession d'un bien et si cette remise cause un dommage au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou au débiteur de toute autre obligation, la responsabilité pouvant être encourue en vertu de la loi applicable en dehors de celle recommandée dans le projet de guide reste la même. Est visé ici, par exemple, le cas où, lors de la remise de la possession d'un bien meuble corporel de valeur, le créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert endommage ou perd ce bien.

Le commentaire expliquera enfin que l'alinéa h), qui suit le libellé du paragraphe 6 de l'article 10 de la Convention, indique clairement que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien n'entrant pas dans le champ d'application de la présente loi (par exemple, un immeuble) relève d'une autre loi, du moins à condition que la constitution et l'opposabilité automatiques de la sûreté ne soient pas compromises. Ainsi, un document authentique et une inscription peuvent être nécessaires pour que la personne à laquelle est transférée une hypothèque obtienne différents droits en vertu de la loi régissant les immeubles, comme celui de réaliser l'hypothèque. Le commentaire expliquera aussi que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien entrant dans le champ d'application de la présente loi relèvera de cette dernière.]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire avant défaillance

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations suivantes, fondées sur les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession, seront insérées dans le nouveau chapitre sur les droits et obligations des parties avant défaillance.*]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

16 *bis*. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

Garanties dues par le cédant

16 *ter.* La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation;

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

16 *quater.* La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 19 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

16 *quinquies.* La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

Droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire

Protection du débiteur de la créance

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations 17 à 23, qui se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession, seront placées dans un chapitre séparé consacré aux droits et obligations des tiers débiteurs avec les recommandations sur les droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, de la banque dépositaire, de l'émetteur d'un document négociable, et du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant.*]

17. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

18. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial; et

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification et la notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

19. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu;

h) La présente recommandation n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

20. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de

tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession;

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu des recommandations 15 b) et 16 d), invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, conformément à la recommandation 3 a) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), le projet de guide s'applique aux consommateurs sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation régissant leur protection.*]

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

21. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 20. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité.

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 22.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que la recommandation 21 se fonde sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui mentionne un écrit signé uniquement pour l'acte de renonciation au droit d'opposer des exceptions ou sa modification. Si la Commission décide de ne pas mentionner la signature dans la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7) mais plutôt les éléments prouvant que le constituant avait l'intention de constituer une sûreté, elle souhaitera peut-être reconsidérer la mention de la signature dans la recommandation 21. Si la référence à la signature est conservée dans la recommandation 8, une signature électronique devrait être suffisante (voir note à la suite de la définition v) ("notification de la cession") dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1.*]

Modification du contrat initial

22. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat;

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

23. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 23 n'a pas d'incidences sur la responsabilité du cédant envers le débiteur de la créance pour violation de contrat.*]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances

37. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi est opposable, elle est automatiquement opposable en ce qui concerne toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de la créance, de l'instrument négociable ou de l'autre obligation, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un tel engagement est automatiquement opposable (mais, comme le prévoit la recommandation 16, la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu de la loi applicable, peut être transférée séparément d'une créance, d'instrument négociable ou de toute autre obligation qu'elle garantit.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur l'opposabilité s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances. Le passage entre parenthèses dans la deuxième phrase explique que la sûreté ne s'étend pas au droit de tirage. La question de l'opposabilité ne se pose donc pas à cet égard.*]

Priorité des sûretés réelles mobilières sur des créances

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances.*]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des créances

Application du présent chapitre aux transferts purs et simples de créances

88. La loi devrait prévoir que le présent chapitre ne s'applique pas à un transfert pur et simple de créances, à l'exception:

a) De la recommandation 89 en cas de transfert pur et simple avec recours; et

b) Des recommandations 102 et 103.

Règle générale de conduite

89. La loi devrait prévoir que toutes les parties doivent exercer leurs droits et exécuter leurs obligations conformément aux recommandations du présent chapitre de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Recouvrement de créances

102. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'un transfert pur et simple d'une créance, le cessionnaire est en droit de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance. En cas de transfert d'une créance à titre de garantie, le cessionnaire est en droit, sous réserve des recommandations 17 à 23, de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance uniquement après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti a la possibilité, outre de procéder au recouvrement, de disposer de la créance, ou de la conserver, conformément aux recommandations 93 d), e), 110 et 113 (voir A/CN.9/611/Add.2). Le commentaire expliquera également que le cessionnaire peut envoyer une notification et des instructions de paiement, même en violation d'une convention avec le cédant (voir recommandation 16* quater *ci-dessus).*]

103. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire discutera de la manière dont d'autres recommandations du chapitre sur la réalisation sont susceptibles de s'appliquer à la réalisation d'une sûreté garantissant le paiement d'une créance cédée.*]

Loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des biens meubles incorporels

137. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant. [Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur des biens meubles incorporels qui sont soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où [...].]

137 *bis*. La loi devrait prévoir que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance née de la vente ou de la location d'un immeuble, ou d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble, ainsi que son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents. Toutefois, un conflit de priorité avec les droits d'un tiers concurrent inscrits dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble est régi par la loi de cet État.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 137* bis *traite de la loi applicable aux cessions de créances dues au constituant en vertu d'une convention de vente ou de location d'un immeuble ou en vertu d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble. Dans un certain nombre d'États, il n'est pas possible de constituer de droits sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, en conséquence de quoi l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur les créances sont régies par la loi (et, en particulier, le régime du registre) qui s'applique à l'immeuble concerné. Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, mais le créancier garanti a un rang inférieur à celui des tiers qui ont inscrit un droit sur l'immeuble concerné dans le registre immobilier. La deuxième phrase de la recommandation 137* bis *est destinée à préserver l'application de la loi de l'État dans lequel l'immeuble concerné est situé afin de protéger les tiers qui se fient à l'inscription sur le registre immobilier de cet État. Il est fait référence aux droits d'un tiers concurrent puisque le terme "réclamant concurrent" est défini par rapport aux sûretés sur des biens meubles. Il est également fait référence aux "droits" de ces tiers, étant donné que ces tiers pourraient être non seulement des créanciers hypothécaires, mais également des cessionnaires ou des acquéreurs de l'immeuble ou du bien meuble incorporel concerné et, en fait, toute catégorie de tiers pour lesquels le régime relatif aux immeubles prévoit une inscription. De plus, il est fait référence à un droit "inscrit dans le registre immobilier" et non "rendu opposable par inscription" étant donné que: i) certains registres immobiliers ne distinguent pas l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers, et ii) les registres immobiliers n'imposent pas nécessairement une inscription pour rendre le droit généralement opposable mais uniquement pour le rendre opposable aux tiers dont les droits peuvent également être inscrits dans le registre (par exemple, l'inscription peut ne pas être nécessaire pour l'opposabilité à l'encontre d'un administrateur de l'insolvabilité ou d'un créancier judiciaire).*]

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté réelle mobilière, qu'ils découlent de la

convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire, du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti

147. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance cédée, un instrument négociable ou un document négociable sur lesquels une sûreté réelle mobilière a été constituée:

a) Les rapports entre un débiteur et un cessionnaire de la créance, entre le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur cet instrument, ou entre un émetteur d'un document négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance, le transfert de l'instrument négociable ou le transfert du document négociable peuvent être opposés au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur une créance (A/CN.9/WG.VI/WP.24), et ii) que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des créances.*]

A/CN.9/611/Add.1

Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant, des instruments négociables et des documents négociables

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

I. Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire . . . . . .

II. Sûretés réelles mobilières sur le produit d'un engagement de garantie indépendant . . . . . .

III. Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables . . . . . .

IV. Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables . . . . . .

I. Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

[*Note à l'intention de la Commission: Dans le cadre de son débat sur les sûretés grevant des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions ff) ("compte bancaire") et gg) ("contrôle") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1). Elle souhaitera peut-être également noter que le commentaire précisera que le terme "compte bancaire" n'inclut pas les comptes tenus par des banques centrales ou des institutions de paiement, de compensation (clearing) et de règlement. Le commentaire précisera aussi que le créancier garanti a le contrôle en devenant titulaire du compte lorsque: i) un compte existant lui est transféré, ii) il convient avec le constituant que les fonds devraient être déposés sur un compte à ouvrir ultérieurement, et iii) il est seul titulaire du compte (et non un simple cotitulaire).*]

Constitution d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti.*]

26. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté sur son droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire.

Toutefois, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée sans son consentement.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire de la recommandation 3 a) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7) précisera que les États adoptants pourront tenir compte, s'ils le souhaitent, des éventuelles incidences que les recommandations du présent Guide pourraient avoir sur la législation relative à la protection des consommateurs.*]

Droits et obligations de la banque dépositaire

V. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire sans son consentement; et

b) Les droits à compensation (set-off) de la banque dépositaire ne sont pas affectés en raison d'une sûreté qu'elle pourrait détenir sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations V et W sont complétées par les recommandations 76, 77 (dans la mesure où il y a conflit de priorité entre une sûreté ou un droit à compensation de la banque dépositaire et la sûreté d'une autre personne) et 106* bis*, 107 et 108 (réalisation à l'encontre de la banque dépositaire).*

Le commentaire expliquera également que la recommandation V b) ne traite pas d'un conflit de priorité, mais de la situation où la banque dépositaire elle-même a à la fois un droit à compensation et une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Dans ce cas, selon cette recommandation, les droits à compensation de la banque ne sont ni affectés ni confondus avec sa sûreté (ils en restent distincts).]

W. La loi devrait prévoir qu'aucune disposition des présentes recommandations n'oblige une banque dépositaire:

a) À payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire; ou

b) À répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation W n'a aucune incidence sur la relation entre la banque et son client ni sur les droits et obligations découlant d'autres lois régissant les comptes bancaires (par exemple en ce qui concerne le blanchiment d'argent et le secret bancaire).*]

Opposabilité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

43. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est également opposable si le créancier garanti obtient le contrôle du droit au paiement de ces fonds.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, selon la recommandation 35 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut également devenir opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés.*]

Priorité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

76. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui a été rendue opposable par prise de contrôle a priorité sur une sûreté grevant ce même droit rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire a conclu plusieurs accords de contrôle, l'ordre de priorité des créanciers garantis est établi en fonction de l'ordre dans lequel ces accords ont été conclus. Si la banque dépositaire est le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté (y compris une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure) à l'exception de celle d'un créancier garanti qui a acquis le contrôle du droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire en devenant titulaire du compte.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une sûreté de la banque dépositaire est toujours prioritaire, même par rapport à une sûreté pour laquelle la banque a conclu antérieurement un accord de contrôle, et ce pour les raisons suivantes: i) la sûreté de la banque dépositaire devrait avoir le même rang de priorité que son droit à compensation, qui lui est toujours prioritaire; ii) si la sûreté de la banque dépositaire n'était pas prioritaire, la banque ne conclurait aucun accord de contrôle; iii) un créancier garanti pourrait toujours tenter d'obtenir de la banque dépositaire un accord de cession de rang. Le commentaire expliquera aussi que, selon les termes de l'accord de contrôle, la banque dépositaire pourrait avoir une obligation contractuelle envers un créancier garanti signataire de l'accord, même s'il se peut que ce dernier ne soit pas prioritaire.*

La Commission souhaitera peut-être aussi noter qu'à sa dixième session le Groupe de travail est convenu d'examiner l'identification des fonds crédités sur un compte bancaire en même temps que la question de l'identification du produit (voir A/CN.9/603, par. 67). Elle voudra peut-être aborder cette question en priorité. Le commentaire de la recommandation 76 précisera que, si un créancier garanti a le contrôle d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa sûreté a priorité sur une sûreté grevant le produit en espèces, crédité sur le même compte bancaire, d'un bien grevé affecté à un autre créancier garanti, même si ce dernier est en mesure d'identifier le produit sur le compte. Il en est ainsi même si la sûreté concurrente est devenue opposable avant celle détenue par le créancier garanti qui a le contrôle.]

77. La loi devrait prévoir que tout droit de la banque dépositaire d'effectuer une compensation entre le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les obligations dont le constituant lui est redevable a priorité sur la sûreté de tout créancier garanti autre qu'un créancier garanti ayant acquis le contrôle des fonds crédités sur le compte bancaire en devenant titulaire du compte.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que ces recommandations relatives aux questions de priorité signifient que les tiers sont censés savoir qu'ils ne peuvent s'en remettre à un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comme source principale de sûreté pour octroyer un crédit ou qu'ils ne peuvent le faire qu'en obtenant un accord de cession de rang de la banque dépositaire ou en faisant inscrire le compte à leur nom. L'absence de publicité de la sûreté n'est donc pas jugée problématique. Le commentaire expliquera également que, à la différence de la recommandation V b), la recommandation 77 traite des conflits de priorité entre les droits à compensation de la banque dépositaire et les sûretés d'autres personnes, et qu'elle ne crée aucun droit à compensation, question qui reste régie par d'autres lois. De plus, le commentaire précisera que l'exception prévue dans la recommandation 77 concerne un créancier garanti qui a pris le contrôle en devenant l'unique titulaire du compte. Si le créancier garanti n'était que cotitulaire du compte, il n'aurait pas le contrôle car le constituant serait toujours en mesure de disposer des fonds crédités sur le compte (voir la définition du terme "contrôle" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

78. Lorsque le constituant transfère des fonds d'un compte bancaire, la loi devrait prévoir que le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il savait que le transfert était contraire aux termes de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits conférés par une loi autre que la présente loi aux bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales relatives aux questions de priorité s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, sous réserve des recommandations 76 à 78. Elle pourrait peut-être également noter qu'il sera sans doute nécessaire d'aligner la recommandation 79 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6) sur la recommandation 78 pour parler de "connaissance" plutôt que de "collusion".*]

Réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

106 *bis*. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations V et W, à obtenir paiement ou à exercer son droit au paiement des fonds d'une autre manière.

107. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti qui contrôle un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations V et W, à réaliser sa sûreté sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, à la différence d'un créancier garanti qui devra recouvrer les fonds pour les affecter au paiement de l'obligation garantie conformément à la recommandation 116 (voir A/CN.9/611), une banque dépositaire ayant qualité de créancier garanti peut affecter les fonds directement à l'obligation garantie. Le commentaire expliquera également que la réalisation des droits à compensation de la banque reste assujettie à d'autres lois.*]

108. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui ne contrôle pas les fonds crédités sur un compte bancaire n'est fondé, sous réserve des recommandations V et W, à obtenir paiement ou à réaliser la sûreté d'une autre manière contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement.

Loi applicable à une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

139. Sauf disposition contraire dans la recommandation 140, la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté et sa réalisation sont régis:

Variante A

par la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. La loi devrait aussi spécifier que, si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

[*Note à l'intention de la Commission: La variante A est une version abrégée de la règle énoncée aux articles 4-1 et 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ("Convention de La Haye"). Les règles de rattachement subsidiaire détaillées de l'article 5 de la Convention de La Haye seront incluses dans le commentaire avec des explications suffisantes.*]

Variante B

par la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. En cas d'établissements multiples, il est fait référence au lieu où se trouve la succursale qui tient le compte.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager un renvoi à la loi régissant l'accord de contrôle, soit comme variante soit comme disposition supplémentaire (voir A/CN.9/603, par. 77). Elle souhaitera*

peut-être également noter que le commentaire expliquera que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales figurant au chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.]

II. Sûretés réelles mobilières sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

[*Note à l'intention de la Commission: Dans le cadre de son débat sur les sûretés grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions z) ("engagement de garantie indépendant"), aa) ("produit découlant d'un engagement de garantie indépendant"), bb) ("garant/émetteur"), cc) ("confirmateur"), dd) ("personne désignée") et ee) ("contrôle") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

Constitution d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

25. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants. L'octroi d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne constitue pas un transfert du droit de tirage de l'engagement.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la deuxième partie de la première phrase précise un point important, à savoir que la transférabilité d'un engagement de garantie indépendant (à savoir du droit de tirage) n'a pas d'incidence sur la faculté de constituer une sûreté sur le produit de l'engagement. Le commentaire expliquera aussi que la deuxième phrase fait la distinction entre le droit de demander paiement au titre d'un engagement et le droit de recevoir le produit d'un engagement.*]

Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans u engagement de garantie indépendant

25 *bis*. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits d'un créancier garanti sur le produit d'un engagement de garantie indépendant sont soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée et à tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui les droits de tirage ont été transmis;

b) Les droits d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant priment une sûreté sur le produit de l'engagement consentie par l'auteur du transfert [ou par tout auteur d'un transfert antérieur]; et

c) Les droits indépendants d'un garant/émetteur, d'un confirmateur, d'une personne désignée ou d'un bénéficiaire du transfert découlant d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas affectés en raison des sûretés qu'ils pourraient

détenir sur le produit de l'engagement, y compris tout droit sur le produit pouvant résulter d'un transfert des droits de tirage à un bénéficiaire du transfert.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que cette recommandation vise à donner la priorité aux titulaires de droits indépendants au paiement, notamment les personnes désignées qui ont fourni une prestation et les bénéficiaires du transfert, sur les simples cessionnaires de droits au produit du tirage effectué par le bénéficiaire initial. Le commentaire expliquera aussi que les droits indépendants de ces personnes sont distincts et ne sont pas affectés en raison de leurs droits en tant que créanciers garantis du bénéficiaire initial (en d'autres termes, il ne faut pas confondre leur statut de titulaires protégés de droits indépendants et leur statut de créanciers garantis.) Lorsqu'une personne désignée fournit une prestation et obtient remboursement du garant/émetteur, elle le fait en qualité de titulaire de droits indépendants au remboursement et non en tant qu'acquéreur des droits du bénéficiaire.*]

25 *ter*. Ni un garant/émetteur, ni un confirmateur, ni une personne désignée ne sont tenus de payer une personne autre qu'un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert ou un cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant.

25 *quater*. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti a obtenu le contrôle du produit d'un engagement de garantie indépendant en devenant cessionnaire accepté du produit, il est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

Opposabilité d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

49. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable par prise de contrôle du produit.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la recommandation 49 a été modifiée compte tenu du principe selon lequel ni la prise de possession d'un engagement de garantie indépendant ni l'inscription d'un avis ne devraient être des méthodes d'opposabilité d'une sûreté sur un droit au produit d'un tel engagement. La possession d'un engagement (même matérielle) n'a qu'un rôle restreint dans l'usage moderne des engagements de garantie indépendants. En outre, si la possession figurait dans le présent Guide parmi les méthodes d'opposabilité, il faudrait prévoir des règles complexes pour la priorité et le conflit de lois. Il convient toutefois de noter que, si la possession ne constitue pas une méthode d'opposabilité, dans la pratique, elle offrirait une protection à un créancier garanti lorsque les clauses de l'engagement subordonnent le tirage à la présentation matérielle de ce dernier. En pareil cas, le bénéficiaire ne pourrait effectuer un tirage valable sans la coopération du créancier garanti, qui pourrait prendre des mesures pour s'assurer d'être payé (par exemple, le créancier garanti pourrait exiger du bénéficiaire qu'il obtienne une acceptation lui donnant le contrôle avant qu'il remette l'engagement et autorise sa présentation au garant/émetteur ou à la personne désignée ayant donné cette acceptation).*]

Priorité d'une sûreté grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant

62. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par prise de contrôle, à l'égard d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée ayant accepté de fournir une prestation au titre de l'engagement, a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis qui n'ont pas, à l'égard de cette personne, rendu leur sûreté opposable par prise de contrôle. Si le contrôle a été obtenu par acceptation et si des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, l'ordre de priorité de ces derniers est établi en fonction de l'ordre dans lequel les acceptations ont été données.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, la méthode classique de prise de contrôle étant l'obtention d'une acceptation, dans le cas où il y a plusieurs payeurs potentiels (par exemple le garant/émetteur, le confirmateur et plusieurs personnes désignées), le contrôle est obtenu uniquement à l'égard du ou des garants/émetteurs, du ou des confirmateurs ou de la ou des personnes désignées qui ont donné la ou les acceptations. La règle de priorité doit donc se concentrer sur la personne qui est le payeur. La règle de priorité fondamentale précise qu'un créancier garanti qui a le contrôle du droit au produit d'un engagement de garantie indépendant a priorité sur un créancier garanti dont la sûreté est devenue opposable automatiquement. Le commentaire expliquera également que le garant/émetteur peut avoir une obligation contractuelle envers un créancier garanti accepté, même s'il se peut que ce dernier ne soit pas prioritaire.*]

Réalisation d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

106. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant (qu'elle soit obtenue par prise de contrôle ou automatiquement) n'est pas une condition préalable à la réalisation de la sûreté. Cependant, à l'encontre du garant/émetteur, du confirmateur, de la personne désignée ou d'un bénéficiaire autre que le constituant, la sûreté doit être réalisée en conformité avec les recommandations 25 *bis*, 25 *ter* et 25 *quater*.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'aucun acte de transfert distinct de la part du constituant n'est nécessaire pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant lorsque la sûreté est créée automatiquement conformément à la recommandation 16. Le commentaire expliquera aussi que toutes les obligations du garant/émetteur ou de la personne désignée envers le créancier garanti sont régies par les recommandations 25* bis, *25* ter *et 25* quater. *Il précisera en outre que la recommandation 106 n'est pas censée avoir d'incidence sur un quelconque arrangement conclu avant défaillance entre le constituant et le créancier garanti, en vertu duquel, avant défaillance du constituant, le créancier garanti pourrait recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.*]

Loi applicable aux sûretés sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

138. La loi devrait prévoir que: i) les droits et obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre d'un engagement de garantie indépendant; ii) le droit de réaliser une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant à l'encontre d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée; et iii) sauf dans la mesure où la recommandation 138 *bis* en dispose autrement, l'opposabilité d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régis, séparément en ce qui concerne un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée donnés, par la loi de l'État déterminée comme suit:

a) Si le garant/émetteur a émis un engagement de garantie indépendant, le confirmateur une confirmation ou la personne désignée une acceptation spécifiant que l'engagement, la confirmation ou l'acceptation est régi par la loi d'un certain État, la loi applicable est celle de l'État spécifié;

b) Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément à l'alinéa précédent, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui est indiqué dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée. Cependant, lorsqu'une personne désignée n'a pas émis d'engagement de garantie indépendant, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement.

138 *bis*. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est constituée et rendue opposable automatiquement en raison de l'opposabilité d'une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou une autre obligation garantie par cet engagement, la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur le produit de l'engagement sont régies par la loi de l'État dont la loi régit la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation garantie.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 138 suit les règles de conflit de lois applicables en ce qui concerne les droits et les obligations des garants/émetteurs, des confirmateurs ou des personnes désignées. La seule exception au principe consacré par cette recommandation est énoncée dans la recommandation 138* bis *et concerne les questions restreintes de la constitution et de l'opposabilité dans les cas où une sûreté est créée ou est rendue opposable automatiquement.*

Le commentaire expliquera également que toute banque (ou parfois toute institution non bancaire) qui joue un des rôles cités agit conformément à la loi de l'État où elle se trouve, autrement dit où se trouve la succursale ou l'établissement concerné (ou conformément à la loi de son choix, qui est généralement celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement concerné). Ainsi, différentes lois régissent les différentes banques concernées, et le choix d'une loi dans un

engagement de garantie indépendant ne régit que les obligations de l'émetteur en question (voir l'article 27 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, l'article 5-116 b) du Code de commerce uniforme et l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur la cession). Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 138 vise à faire apparaître clairement qu'une demande d'acceptation ou de paiement (sans acceptation préalable) faite par un créancier garanti (ou par le bénéficiaire en son nom) doit être traitée par la succursale bancaire concernée, conformément au droit interne.

Dans la recommandation 138, tous les conflits de priorité sont soumis à la loi choisie par un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée, ou, en l'absence de choix, à la loi de la succursale ou de l'établissement concerné. La Commission pourrait examiner la question de savoir si: i) lorsque la succursale bancaire paie le créancier garanti (ou lui fournit une prestation), la même loi devrait s'appliquer à un conflit de priorité entre ce créancier garanti et des tiers; et si ii) lorsque le paiement est effectué au bénéficiaire et que le conflit concerne des tiers, la recommandation 138 devrait être inapplicable et les règles de conflit de lois subsidiaires (à savoir la recommandation 137) devraient s'appliquer.

Le commentaire expliquera en outre que: i) la constitution de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 137 pour les sûretés sur des biens meubles incorporels (sous réserve de la recommandation 138 bis *en ce qui concerne la constitution automatique); et ii) la réalisation de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 148, excepté dans la mesure où la recommandation 138 en dispose autrement.*]

III. Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables

[*Note à l'intention de la Commission: Dans le contexte de son débat sur les sûretés grevant sur des instruments négociables, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions i) ("biens meubles corporels") et x) ("instrument négociable") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu'elle s'applique:

...

f) En général, aux transferts purs et simples de créances;

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter qu'à sa dixième session le Groupe de travail est convenu de ne pas traiter des transferts purs et simples d'instruments négociables dans le projet de guide, mais d'examiner éventuellement les questions pertinentes dans le commentaire à l'intention des États qui souhaiteraient aborder ces transferts en raison de leur importance pour les pratiques de financement (voir A/CN.9/603, par. 50).*

À cet égard, la Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si les principes du droit des opérations garanties peuvent facilement s'appliquer au transfert pur et simple de billets à ordre et, éventuellement, de lettres

de change, à peu près de la même manière qu'au transfert pur et simple de créances dans le présent guide, ils ne s'appliquent en revanche pas de manière satisfaisante au transfert pur et simple de chèques, question qui est suffisamment traitée par le droit des instruments négociables et celui du recouvrement bancaire.

Le commentaire expliquera aussi qu'un État adoptant qui souhaite étendre l'application de son droit des opérations garanties aux transferts purs et simples d'instruments négociables qui sont soit des billets à ordre soit des lettres de change (et élargir sa définition de "sûreté réelle mobilière" pour englober le droit du bénéficiaire de ce type de transferts) pourrait envisager de prévoir qu'une sûreté sous forme de transfert pur et simple d'un instrument négociable devient automatiquement opposable lors du transfert. Une telle règle éviterait de perturber les pratiques financières existantes.

En outre, le commentaire expliquera que la priorité d'une telle sûreté serait régie par les principes généraux de la priorité et plus particulièrement par le principe général énoncé dans la recommandation 64 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6), sous réserve de la recommandation 74. Comme dans le cas du transfert pur et simple d'une créance, le bénéficiaire du transfert pur et simple d'un instrument négociable devrait pouvoir en obtenir l'exécution sans que le cédant ait à donner son accord, sous réserve, bien entendu, des droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument tels que décrits dans le chapitre sur la réalisation.]

Constitution d'une sûreté sur un instrument négociable

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), une sûreté sur un instrument négociable peut être constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention orale et la remise de la possession de l'instrument au créancier garanti. Le commentaire expliquera aussi que la constitution d'une sûreté conformément à cette recommandation n'aura pas d'incidence sur les droits obtenus par endossement de l'instrument négociable en vertu du droit régissant ces instruments.*]

Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

X. La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et i) la personne obligée par l'instrument négociable; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière.

Opposabilité d'une sûreté sur un instrument négociable

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 35 relative à la méthode générale d'opposabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), une sûreté sur un instrument négociable peut être rendue opposable par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés. La recommandation X traite d'une question particulière.*]

Y. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par dépossession reste opposable pendant une courte durée de [à

spécifier] jours après la restitution de l'instrument au constituant aux fins de présentation, de paiement, d'exécution ou de renouvellement.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter qu'un créancier garanti pourrait avoir à restituer un instrument négociable grevé au constituant pour qu'il le présente, en obtienne le paiement ou l'exécution ou le fasse renouveler s'il n'a pas le droit d'accomplir de tels actes. Le commentaire expliquera aussi qu'en restituant ainsi l'instrument le créancier garanti ne serait exposé au risque de perdre sa sûreté que pendant une courte durée et seulement s'il n'a pas inscrit d'avis la concernant sur le registre général des sûretés.*]

Priorité d'une sûreté sur un instrument négociable

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales sur la priorité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6) s'appliquent à la priorité des sûretés sur des instruments négociables, tandis que les recommandations 74 et 74* bis *portent sur d'autres conflits de priorité.*]

74. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par la méthode consistant à déposséder le constituant de l'instrument a priorité sur une sûreté grevant l'instrument qui a été rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

74 *bis*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un instrument négociable qui a été rendue opposable par une méthode autre que celle consistant à déposséder le constituant de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un autre créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) qui:

a) Soit est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables;

b) Soit prend possession de l'instrument négociable et fournit une contrepartie de bonne foi sans savoir que le transfert a été effectué en violation des droits du titulaire de la sûreté.

Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable

104. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve de la recommandation X, d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé à l'encontre d'une personne obligée par cet instrument.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que, dans les relations entre le créancier garanti et i) la personne obligée par l'instrument négociable, ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits à exécution du créancier garanti sont soumis à cette dernière. Le commentaire donnera également les exemples suivants:*

a) La personne obligée par l'instrument négociable peut être tenue de ne payer qu'à un porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et

b) Le droit de la personne obligée par l'instrument d'opposer des exceptions est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.]

105. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Loi applicable aux sûretés sur des biens meubles corporels

136. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 140 et 142, la constitution d'une sûreté sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant. [Pour les sûretés sur le type de biens meubles corporels mentionné dans la phrase précédente qui est soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que l'expression "type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États" désigne les biens meubles corporels mobiles, tels que les véhicules automobiles. Dans la phrase entre crochets de la recommandation 136, le terme "type de biens meubles corporels" se rapporte aux biens meubles corporels mobiles, tels que les navires et les aéronefs.*]

Loi applicable à l'opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens

140. Si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté sur un instrument négociable et des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi détermine si l'opposabilité d'une sûreté sur ces biens a été assurée par inscription conformément à sa législation.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. [*Voir A/CN.9/611*.]

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire, du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti

147. [*Voir A/CN.9/611*.]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable (A/CN.9/WG.VI.WP.24); et ii) les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales du chapitre sur le*

conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des instruments négociables.]

IV. Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables

[*Note à l'intention de la Commission: Dans le cadre de son débat sur les sûretés grevant des documents négociables, la Commission souhaitera peut-être examiner les définitions y) ("document négociable"), nn) ("possession") et oo) ("émetteur") (voir A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

Constitution d'une sûreté sur un document négociable

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), une sûreté sur un document négociable peut être constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention verbale et la remise de la possession du document au créancier garanti. Le commentaire expliquera aussi, à l'intention des États adoptants qui envisageraient de traiter des documents de transport multimodal, que le projet de guide renvoyant, pour la définition des documents négociables, à la loi régissant ces documents, la négociabilité des documents de transport multimodal relève également de cette loi.*]

28. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur un document négociable fait également naître une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par ce document, à condition que l'émetteur soit, directement ou indirectement, en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable peut être constituée directement sur ces biens, conformément à la recommandation 8, ou par constitution d'une sûreté sur le document négociable représentant ces biens, conformément à la recommandation 28. Le commentaire précisera également que la recommandation 28 vise à exclure la nécessité de créer une sûreté distincte sur les biens représentés par un document négociable lorsqu'une sûreté sur un tel document existe déjà. En outre, le commentaire expliquera que ni la recommandation 8, ni la recommandation 28, ni aucune autre recommandation n'ont d'incidence sur les droits acquis sur des documents négociables en vertu de la loi régissant ces documents.*]

Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

Z. La loi devrait prévoir que, dans les relations entre le créancier garanti et l'émetteur du document négociable ou une autre personne obligée par ce document, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par la loi régissant les documents négociables.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que la présente recommandation sera placée dans un chapitre séparé portant sur les droits et obligations des tiers débiteurs.*]

Opposabilité d'une sûreté sur un document négociable

44. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable est rendue opposable par remise de la possession du document au créancier garanti.

44 *bis*. La loi devrait prévoir que, si une sûreté sur un document négociable est opposable, la sûreté correspondante sur les biens meubles corporels représentés par ce document l'est également. Aussi longtemps qu'un document négociable représente des biens meubles corporels, il est possible de rendre une sûreté sur ces biens opposable en dépossédant le constituant du document.

44 *ter*. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable qui a été rendue opposable par dépossession du constituant reste opposable pendant une courte durée de [à spécifier] jours après que le document négociable a été restitué au constituant ou à une autre personne, afin que celui-ci ou celle-ci vende définitivement les biens meubles corporels représentés par le document, les échange, les charge ou les décharge, ou encore prenne d'autres mesures à leur égard.

Priorité d'une sûreté sur un document négociable

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales relatives à la priorité s'appliquent aux sûretés sur des documents négociables, tandis que les recommandations 80 et 81 traitent d'autres conflits de priorité.*]

80. La loi devrait prévoir que, lorsque les biens meubles corporels sont en possession de l'émetteur d'un document négociable les concernant, une sûreté sur ces biens devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable est devenue opposable a priorité sur une autre sûreté grevant les biens en question rendue opposable par une autre méthode alors que les biens étaient représentés par le document.

81. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur un document négociable et sur les biens meubles corporels qu'il représente a un rang inférieur aux droits conférés par la loi régissant les documents négociables à une personne à laquelle ce document a été dûment transmis.

Réalisation d'une sûreté sur un document négociable

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera aussi que les recommandations générales sur la réalisation des sûretés s'appliquent également en l'espèce, tandis que la recommandation 109 traite d'une question particulière.*]

109. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve de la recommandation Z, de réaliser une sûreté sur un document négociable à l'encontre de l'émetteur ou de toute autre personne obligée par ce document.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera qu'en vertu de la loi régissant les documents négociables l'émetteur peut être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les concernant.*]

Loi applicable aux sûretés sur des biens meubles corporels

136. [*Voir recommandation 136 au chapitre III ci-dessus.*]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter qu'une sûreté peut être constituée sur des biens meubles corporels soit en application de la recommandation 8 ou par constitution d'une sûreté sur un document négociable représentant ces biens, conformément à la recommandation 28 (voir ci-dessus). Dans l'une ou l'autre hypothèse, la recommandation 136 prévoit que la constitution, l'opposabilité et la priorité de la sûreté sont régies par la loi de l'État où se trouvent les biens ou le document, selon le cas. Puisque, par nature, les biens en transit et les biens destinés à l'exportation se déplacent d'un État à un autre et que, par conséquent, le lieu où ils se trouvent à un moment donné pourrait être fortuit et temporaire, la recommandation 142 prévoit une autre méthode pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur ces biens en renvoyant à la loi de l'État de destination finale des biens, à condition que ces derniers y parviennent dans un délai raisonnable. La recommandation 142 résout donc les problèmes qui pourraient résulter du respect inflexible de la "règle fondée sur le lieu de situation des biens meubles corporels" dans le cas de biens qui changeront certainement de lieu de situation en raison de la nature même de l'opération de financement.*

Toutefois, la Commission souhaitera peut-être également noter qu'à sa dixième session le Groupe de travail a estimé que, dans de nombreuses opérations de financement reposant sur des documents négociables, ces derniers changent également de lieu de situation en raison de la nature de l'opération, comme dans le cas, par exemple, d'un connaissement qui peut passer de l'expéditeur au destinataire, puis au créancier garanti ou à une autre partie octroyant un financement (voir A/CN.9/603, par. 60). De plus, le Groupe de travail a noté que, dans de telles opérations, le document négociable peut, à un moment donné, se trouver dans un État différent de celui où se trouvent les biens qu'il représente, même si les biens et le document négociable se retrouveront, en définitive, dans le même État. Aussi a-t-il été fait observer à cette session que la question pratique relative aux biens meubles corporels abordée dans la recommandation 142 pourrait également se poser pour les documents négociables représentant ces biens et que, de ce fait, il serait peut-être avantageux d'élargir la règle énoncée dans la recommandation 142 à ces documents. La Commission souhaitera donc peut-être envisager d'étendre la champ d'application de la recommandation 142 aux documents négociables. À cet égard, elle pourrait tenir compte du fait que, dans les recommandations 136 et 142, la priorité d'une sûreté sur des biens représentés par un document négociable dépend toujours de la loi du lieu où le document est situé. Si la loi applicable est celle d'un État qui a adopté les recommandations du présent Guide, d'après la recommandation 80, la sûreté sur les biens devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable est elle-même devenue opposable aura priorité sur une sûreté grevant les biens devenue opposable par une autre méthode. La Commission souhaitera peut-être noter également que, d'après la recommandation 148, la réalisation de la sûreté sur les biens ou sur le document

relève toujours de la loi de l'État où la réalisation a lieu ou de la loi régissant la convention constitutive de sûreté (en fonction de la variante retenue).]

Loi applicable à l'opposabilité par inscription des sûretés sur certains types de biens

140. [*Voir recommandation 140 au chapitre III ci-dessus.*]

Sûretés sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

142. La loi devrait prévoir qu'une sûreté sur des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) en transit ou devant être exportés depuis l'État où ils se trouvent au moment de la constitution de la sûreté peut aussi être constituée et être rendue opposable conformément à la loi de l'État de destination finale, à condition que ces biens parviennent dans cet État dans un délai bref de [à spécifier] jours à compter de la date de la constitution de la sûreté.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation peut être constituée et rendue opposable, selon la recommandation 136, conformément à la loi de l'État où ces biens se trouvent au moment de la constitution, ou selon la recommandation 142, conformément à la loi de l'État de destination finale. Il expliquera aussi que la loi de l'État de destination finale qui régit la constitution et l'opposabilité s'appliquera même en cas de conflit avec des droits concurrents constitués et rendus opposables alors que les biens destinés à l'exportation se trouvaient dans l'État d'origine. Le commentaire précisera en outre que la règle énoncée dans cette recommandation: i) s'applique aux biens grevés qui voyagent accompagnés ou non des documents négociables les concernant; ii) ne s'applique pas aux biens grevés qui ne voyagent pas, que les documents négociables les concernant voyagent effectivement ou non; et iii) ne s'applique pas aux documents négociables grevés, qu'ils voyagent ou non.*]

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. [*Voir A/CN.9/611.*]

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur de la créance et du cessionnaire, du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti

147. [*Voir A/CN.9/611.*]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur un document négociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24); et ii) les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, de même que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des documents négociables.*]

A/CN.9/611/Add.2

Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Recommandations

VII. Droits et obligations des parties avant défaillance 86-87

VIII. Défaillance et réalisation 88-124

VII. Droits et obligations des parties avant défaillance

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance est de renforcer l'efficacité des opérations garanties et de réduire le coût de ces opérations et les risques de litiges:

a) En énonçant des règles sur les clauses supplémentaires à insérer dans la convention constitutive de sûreté;

b) En évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger des clauses à insérer dans la convention constitutive de sûreté lorsque ces règles constituent une base acceptable sur laquelle s'entendre;

c) En fournissant un outil d'aide à la rédaction ou une liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder lorsqu'elles négocieront et concluront la convention constitutive de sûreté; et

d) En encourageant l'autonomie des parties.

Autonomie des parties

86. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de [spécifier les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ou qui ne peuvent être modifiées par convention, par exemple la règle de conduite dans le contexte de la réalisation], le créancier garanti et le constituant peuvent déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations respectifs ou modifier ces dispositions par convention. Une telle convention n'a pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission notera peut-être qu'à sa dixième session le Groupe de travail est convenu que la recommandation 86 devrait être insérée dans la partie générale du projet de guide (voir A/CN.9/603, par. 90). Cette partie du projet ayant déjà été publiée avant la dixième session, cette décision sera appliquée dans sa prochaine version.*]

Clauses supplémentaires à insérer dans la convention constitutive de sûreté

87. La loi devrait comprendre des règles qui prévoient, en particulier:

a) L'obligation du créancier garanti ou du constituant en possession des biens grevés de prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver ces biens, les assurer et payer les taxes y afférentes;

b) Le droit du créancier garanti de faire un usage raisonnable des biens grevés en sa possession ou d'inspecter les biens grevés en possession du constituant;

c) Le droit du créancier garanti de recevoir tout produit des biens grevés en sa possession ou d'étendre la sûreté à tout produit des biens grevés en possession du constituant;

d) Le droit du créancier garanti de céder librement l'obligation garantie, auquel cas la sûreté suit, sauf disposition contraire de la loi;

e) Le droit du créancier garanti de se faire rembourser les frais raisonnables de préservation des biens grevés en sa possession;

f) L'obligation du constituant de compenser toute dépréciation inattendue des biens grevés;

g) L'obligation du créancier garanti de restituer les biens grevés en sa possession ou de faire radier l'avis inscrit dès le complet paiement de l'obligation garantie et la fin de tous les engagements de crédit.

VIII. Défaillance et réalisation

Objet

L'objet des dispositions de la loi relatives à la défaillance et à la réalisation est:

a) De prévoir des procédures claires et simples permettant de réaliser les sûretés de façon prévisible et efficace après défaillance du débiteur;

b) De prévoir des procédures permettant de maximiser la valeur de réalisation potentielle des biens grevés au profit du constituant, du débiteur ou de toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie, du créancier garanti et d'autres créanciers ayant un droit sur les biens grevés;

c) De prévoir des méthodes rapides de réalisation judiciaire et, sous réserve des mesures de protection appropriées, de réalisation extrajudiciaire afin que le créancier garanti réalise la valeur des biens grevés;

d) De coordonner le régime de réalisation des sûretés avec d'autres lois régissant l'exercice de recours sur des biens grevés, y compris avec la loi sur l'insolvabilité.

Application du présent chapitre aux transferts purs et simples de créances

88. [*Voir A/CN.9/611*.]

Règle générale de conduite

89. La loi devrait prévoir que toutes les parties doivent exercer leurs droits et exécuter leurs obligations conformément aux recommandations du présent chapitre de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Responsabilité pour non-respect des recommandations du présent chapitre

90. La loi devrait prévoir qu'une partie qui manque aux obligations découlant des recommandations du présent chapitre est responsable de tous dommages causés par ce manquement.

Limites de l'autonomie des parties dans le contexte de la réalisation d'une sûreté

91. La loi devrait prévoir que les droits découlant de la recommandation 89 ne peuvent à aucun moment faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention. Sous réserve de cette exception: i) le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière peuvent, uniquement après défaillance, renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits et voies de droit qui s'offrent à eux dans les recommandations du présent chapitre ou les modifier par convention; et ii) le créancier garanti peut renoncer unilatéralement ou conventionnellement, à tout moment, à l'un quelconque des droits et voies de droit qui s'offrent à lui dans les recommandations du présent chapitre. Une modification par convention est sans incidence sur les droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il incombe à une personne contestant une convention de montrer que celle-ci a été conclue avant la défaillance ou est contraire à la recommandation 90.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si la possibilité d'écarter ou de modifier la responsabilité qui découle de la recommandation 90 devrait être abordée dans la recommandation 91 ou si elle devrait être laissée à une autre loi.*]

Droits et voies de droit après défaillance

92. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant et le créancier garanti bénéficient des droits et voies de droit prévus dans les recommandations du chapitre, dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux recommandations impératives du chapitre) et dans toute autre loi.

Droits et voies de droit du créancier garanti

93. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé;

b) Obtenir paiement lorsque le bien grevé revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou du produit d'un engagement de garantie indépendant;

c) Exercer ses droits en vertu d'un document négociable;

d) Vendre un bien grevé ou en disposer d'une autre manière, le louer ou le mettre sous licence;

e) Proposer au constituant de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie; et

f) Exercer tout autre droit ou toute autre voie de droit prévus dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux recommandations impératives du présent chapitre) ou dans toute autre loi.

Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

94. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à exercer les droits et voies de droit décrits dans la recommandation 93:

a) En saisissant un tribunal ou une autre autorité; ou

b) Sans saisir de tribunal ou d'autre autorité.

Droits et voies de droit du constituant

95. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant est fondé à:

a) Régler intégralement l'obligation garantie après la défaillance et avant que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, se le fasse attribuer ou reçoive paiement sur ce bien, et obtenir ainsi la libération de tous les biens grevés garantissant cette obligation, à condition que tous les engagements de crédit du créancier garanti aient pris fin;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'est pas acquitté ou ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des recommandations du présent chapitre en ce qui concerne la réalisation extrajudiciaire;

c) Rejeter la proposition du créancier garanti de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie dans les délais prescrits par les recommandations du présent chapitre; et

d) Exercer tout autre droit ou toute autre voie de droit prévus dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux recommandations impératives du présent chapitre) ou dans toute autre loi.

Procédure judiciaire simplifiée

96. La loi devrait prévoir une procédure judiciaire simplifiée pour l'exercice des droits et voies de droit du créancier garanti, du constituant et de toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur les biens grevés.

Cumul des droits et voies de droit

97. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit n'empêche pas l'exercice d'un autre droit ou d'une autre voie de droit.

Droits et voies de droit en ce qui concerne l'obligation garantie

98. La loi devrait prévoir que l'exercice, conformément à ses dispositions, de droits ou voies de droit en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas le créancier garanti d'exercer les droits ou voies de droit qui s'offrent à lui pour l'obligation garantie par ce bien. L'exercice de droits ou voies de droit en ce qui concerne une obligation garantie n'empêche pas le créancier garanti d'exercer les droits ou voies de droit qui s'offrent à lui pour un bien grevé garantissant cette obligation.

Libération des biens grevés après complet paiement

99. La loi devrait prévoir qu'après défaillance et avant que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, se le fasse attribuer ou reçoive paiement sur ce bien le débiteur, le constituant ou toute autre partie intéressée (par exemple, un créancier garanti dont la sûreté a un rang inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) a le droit de payer l'obligation garantie dans son intégralité. Si tous les engagements de crédit ont pris fin, ce paiement a pour effet de libérer tous les biens grevés garantissant cette obligation ou, dans la mesure où le prévoit une autre loi, de subroger toute autre partie intéressée effectuant le paiement dans les droits du créancier garanti.

Recours en cas de réalisation extrajudiciaire

100. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou d'autres parties intéressées (par exemple, un créancier garanti, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) sont fondés à saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'est pas acquitté ou ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des recommandations du présent chapitre. La loi devrait prévoir des mesures de protection pour décourager les demandes dépourvues de fondement et pour éviter que la réalisation de la sûreté par le créancier garanti ne soit abusivement empêchée ou retardée.

Droit du créancier garanti à la possession d'un bien grevé

101. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a droit à la possession d'un bien meuble corporel grevé.

Variante A

> Le créancier garanti est fondé à prendre possession du bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité si: i) il a adressé au constituant et à toute personne en possession du bien grevé un avis de défaillance; et ii) il peut prendre possession du bien sans recourir ou menacer de recourir à la force.

Variante B

> Le créancier garanti est fondé à prendre possession du bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité si: i) il a adressé au constituant et à toute personne

en possession du bien grevé un avis de défaillance dans lequel il fait part de son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire; et ii) il peut prendre possession du bien sans recourir ou menacer de recourir à la force ou à un autre acte illégal semblable.

Recouvrement de créances

102. [*Pour les recommandations 102 et 103, voir A/CN.9/611*.]

Instruments négociables

104. [*Pour les recommandations 104 et 105, voir A/CN.9/611/Add.1*.]

Produit d'un engagement de garantie indépendant

106. [*Voir A/CN.9/611/Add.1*.]

Droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

106 *bis*. [*Pour les recommandations 106 bis, 107 et 108, voir A/CN.9/611/Add.1*.]

Documents négociables

109. [*Voir A/CN.9/611/Add.1*.]

Disposition des biens grevés

110. Comme il est disposé de façon plus précise dans d'autres recommandations du présent chapitre, la loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence conformément à la recommandation 93 d).

110 *bis*. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui dispose de biens grevés sans saisir de tribunal ou d'autre autorité peut choisir la méthode, les modalités, le moment, le lieu et d'autres aspects de la disposition.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que cette recommandation est soumise à l'obligation énoncée dans la recommandation 89 de se comporter de bonne foi et de manière commercialement raisonnable. Il expliquera aussi que cette recommandation a pour but et pour effet d'établir un équilibre entre les intérêts du constituant (et de ses autres créanciers) et ceux du créancier garanti en laissant une certaine latitude dans le choix de la méthode de disposition utilisée de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables. Le commentaire expliquera aussi que le créancier garanti n'a pas besoin d'être en possession des biens grevés pour exercer ses droits et voies de droit conformément au présent chapitre.*]

Notification préalable concernant la disposition extrajudiciaire des biens grevés

111. La loi devrait faire obligation au créancier garanti d'adresser une notification concernant la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé après défaillance. Elle devrait:

a) Spécifier que la notification doit être adressée: i) au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie; ii) à toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, avant l'envoi de la notification au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et iii) à tout autre créancier garanti qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la notification au constituant, a inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant ou qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti;

b) Indiquer la manière dont cette notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être et quel doit être son contenu minimal et préciser si la notification au constituant doit contenir un décompte du montant dû et une référence au droit du débiteur ou du constituant d'obtenir la libération des biens grevés conformément à la recommandation 98;

c) Prévoir que la notification doit être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu (une notification adressée au constituant est suffisante si elle est formulée dans la langue de la convention constitutive de sûreté et, lorsque la sûreté a été rendue opposable par inscription, une notification adressée à toutes les autres personnes est suffisante si elle est formulée dans la langue du registre);

d) Déterminer les conséquences juridiques du non-respect des recommandations régissant la notification; et

e) Énumérer les cas dans lesquels la notification n'est pas nécessaire soit parce que le délai associé à l'obligation de notification préalable pourrait avoir un effet négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés (comme dans le cas de biens meubles corporels périssables ou d'autres biens dont la valeur pourrait diminuer rapidement), soit parce que les biens grevés sont d'un type vendu sur un marché reconnu (ce qui rendrait inutile la notification préalable).

112. La loi devrait énoncer des règles pour que la notification visée à la recommandation 111 puisse être donnée de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur de réalisation potentielle des biens grevés.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission notera peut-être que le commentaire expliquera que ces règles devraient assurer l'équilibre entre l'intérêt du créancier garanti à avoir une certaine flexibilité pour disposer rapidement du bien grevé afin de tirer parti de conditions favorables sur le marché (intérêt qui profite également au constituant et à d'autres parties intéressées) et celui du constituant et de ces autres parties à être avisés suffisamment tôt de la disposition pour qu'ils puissent prendre des mesures afin de mieux protéger leurs intérêts (telles qu'identifier des acheteurs potentiels du bien grevé ou assister à une disposition publique du bien grevé afin de s'assurer que le créancier garanti se conforme aux obligations du présent chapitre). Le commentaire expliquera également que cette recommandation n'impose pas l'inscription de la notification parce que la notification remplit les mêmes objectifs généraux que l'inscription. Le Groupe de travail voudra peut-être définir la notification comme une notification écrite, sauf lorsque la loi en dispose autrement.*]

Attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie

113. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti peut proposer de se faire attribuer, sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

114. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui propose de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie doit envoyer cette proposition, en spécifiant le montant dû à la date d'envoi de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont il propose l'exécution par la prise en paiement du bien grevé:

a) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie (par exemple, un garant);

b) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et

c) À tout autre créancier garanti qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant, a inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant ou qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti.

115. La loi devrait prévoir que, si une personne à qui une proposition de prise en paiement d'un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie doit être envoyée en vertu de la recommandation 114 s'oppose à cette proposition par écrit dans [un délai bref, par exemple 20 jours] à compter de cet envoi, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa proposition.

Répartition du produit de la réalisation

116. La loi devrait prévoir qu'en cas de réalisation extrajudiciaire le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement des obligations garanties. Sous réserve des dispositions de la recommandation 117, il doit verser tout excédent restant après affectation du produit net au paiement des obligations aux réclamants concurrents de rang inférieur qui, avant toute répartition de cet excédent, l'ont avisé par écrit de leurs droits sur un éventuel excédent. Tout solde restant doit être remis au constituant.

117. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas de réalisation extrajudiciaire, qu'il y ait ou non litige concernant le montant auquel a droit un réclamant concurrent quelconque ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. En pareil cas, l'excédent devrait être réparti conformément aux règles de priorité prévues par la présente loi.

118. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des règles de priorité prévues par la présente loi.

119. La loi devrait prévoir que le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

120. La loi devrait prévoir qu'à tout moment avant la disposition d'un bien grevé, son attribution ou le paiement définitifs un créancier garanti dont la sûreté a priorité sur celle du créancier garanti ou créancier judiciaire procédant à la réalisation a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation. Ce droit comprend le droit de poursuivre la réalisation, de procéder à la réalisation suivant une autre méthode prévue par les recommandations du présent chapitre, et de choisir si une voie de droit quelconque prévue par les recommandations du présent chapitre sera administrée ou non par un tribunal ou une autre autorité.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti de rang prioritaire a le droit de substituer sa propre procédure de réalisation menée conformément à la présente loi à la procédure de réalisation judiciaire engagée par un créancier judiciaire de rang inférieur conformément à une autre loi, mais non de poursuivre le processus de réalisation engagé par ce créancier judiciaire conformément à cette autre loi.*]

Propriété ou autre droit acquis par disposition non judiciaire

121. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, la personne qui, suite à la disposition, acquiert ce bien de bonne foi: i) acquiert le droit du constituant sur le bien sous réserve des droits qui avaient priorité sur la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation; et ii) prend le bien libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier. La même règle s'applique à un bien grevé acquis par un créancier garanti qui se l'est fait attribuer à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

122. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un droit partiel sur un bien grevé ou s'il loue ou met sous licence un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, la personne qui, suite à la disposition, à la location ou à la mise sous licence, acquiert ce droit partiel, bail ou licence de bonne foi: i) acquiert le droit du constituant sur le bien qui a fait l'objet de la disposition, de la location ou de la mise sous licence sous réserve des droits qui avaient priorité sur la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation; et ii) prend le bien libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier.

Propriété ou autre droit acquis par disposition judiciaire

123. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, la propriété ou autre droit acquis par la personne à qui le bien est transféré sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières

124. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté grevant des biens rattachés à des biens immeubles peut être réalisée conformément à la présente loi ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; et

b) Si une obligation envers un créancier est garantie à la fois par une sûreté réelle mobilière sur un bien du constituant et par des droits réels sur un bien immeuble du constituant, ce créancier garanti peut: i) soit réaliser à la fois cette sûreté et ces droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; ii) soit réaliser cette sûreté conformément à la présente loi et ces droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la loi devrait être coordonnée avec les règles générales de procédure civile de façon à donner aux créanciers garantis le droit d'intervenir dans les procédures judiciaires engagées par d'autres créanciers du constituant afin de protéger leurs sûretés et d'obtenir le même rang de priorité que celui que leur confère la loi.*]

A/CN.9/611/Add.3

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

ADDITIF

1. À sa session en cours, la Commission devrait examiner et approuver dans le principe le contenu (en d'autres termes le fond plutôt que la forme) des recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties ("le projet de guide").

2. Ces recommandations et les commentaires s'y rapportant figurent dans plusieurs documents. Pour aider la Commission à retrouver le document dans lequel figure tel ou tel chapitre, le secrétariat a joint en annexe à la présente note une liste des chapitres du projet de guide en indiquant pour chacun d'eux le document dans lequel apparaissent les recommandations et les commentaires.

ANNEXE

I. Recommandations**

Chapitre Ier. Principaux objectifs	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Chapitre II. Champ d'application	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Chapitre III. Approches fondamentales en matière de sûretés	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Chapitre IV. Constitution de la sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Chapitre V. Opposabilité de la sûreté réelle mobilière et inscription	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5
Chapitre VI. Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6
Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance	A/CN.9/611/Add.2
Chapitre VIII. Défaillance et réalisation	A/CN.9/611/Add.2
Chapitre IX. Insolvabilité	A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3
Chapitre X. Mécanismes de financement d'acquisitions	A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5
Chapitre XI. Conflit de lois	A/CN.9/WG.VI/WP.24
Chapitre XII. Questions de droit transitoire	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8
Sûretés réelles mobilières sur le produit, les biens rattachés et les masses ou produits finis	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4
Sûretés réelles mobilières sur des créances	A/CN.9/611
Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	A/CN.9/611/Add.1
Sûretés réelles mobilières sur le produit d'un engagement de garantie indépendant	A/CN.9/611/Add.1
Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables	A/CN.9/611/Add.1
Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables	A/CN.9/611/Add.1

** Il se peut que la numérotation des chapitres ne corresponde pas à celle figurant dans les documents ci-dessus, certains chapitres ayant été fusionnés ou déplacés à différents moments. Leurs titres restent toutefois identiques pour l'essentiel.

II. Commentaires***

Remarques générales	A/CN.9/WG.VI/WP.27
Chapitre Ier. Introduction	A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1
Chapitre II. Principaux objectifs	A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1
Chapitre III. Approches fondamentales en matière de sûretés	A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1
Chapitre IV. Création	A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2
Chapitre V. Opposabilité	A/CN.9/WG.VI/WP.14
Chapitre VI. Priorité	A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1
Chapitre VII. Droits et obligations des parties avant défaillance	A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4
Chapitre VIII. Défaillance et réalisation	A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.2
Chapitre IX. Insolvabilité	A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6
Chapitre X. Mécanismes de financement d'acquisitions	A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1
Chapitre XI. Conflit de lois	A/CN.9/WG.VI/WP.19
Chapitre XII. Questions de droit transitoire	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8
Sûretés réelles mobilières sur le produit, les biens rattachés et les masses ou produits finis	commentaires dans les chapitres correspondants
Sûretés réelles mobilières sur des créances	non encore publié
Sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1
Sûretés réelles mobilières sur le produit d'un engagement de garantie indépendant	non encore publié
Sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables	non encore publié
Sûretés réelles mobilières sur des documents négociables	non encore publié

*** Les commentaires doivent être actualisés, sauf dans les documents A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 et 2 où cela a déjà été fait.

II. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-troisième session (Vienne, 3-7 octobre 2005)

(A/CN.9/589) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-9
II.	Délibérations et décisions	10
III.	Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires conservatoires	11-75
	Remarques générales	11-12
	Paragraphe 1	13-17
	Paragraphe 2	18-31
	Alinéa a)	19
	Alinéa b)	20-26
	Alinéa c)	27
	Alinéa d)	28-31
	Paragraphe 3	32-42
	Alinéa a)	36-38
	Alinéa b)	39-42
	Paragraphe 4	43
	Paragraphe 5	44
	Paragraphe 6	45-46
	Paragraphe 6 *bis*	47-48
	Paragraphe 7	49-75
	Débat général	49-55
	Alinéa a)	56-57
	Alinéa b)	58
	Alinéa c)	59

	Alinéa d)	60
	Alinéa e)	61-67
	Alinéa f)	68
	Alinéa g)	69-70
	Alinéa h)	71-75
IV.	Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type sur l'arbitrage en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)	76-97
	Paragraphe 1	76-79
	Paragraphe 2	80-87
	Alinéa a)	80-85
	Alinéa b)	86-87
	Paragraphe 3	88
	Paragraphe 4	89
	Paragraphe 5	90-91
	Paragraphe 6	92-96
	Note se rapportant à l'article 17 *bis*	97
V.	Projet de disposition concernant les mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type sur l'arbitrage en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)	98-103
VI.	Différentes possibilités de présentation des dispositions actuelles et des dispositions révisées dans la Loi type sur l'arbitrage	104-106
VII.	Rapport du groupe de rédaction	107
VIII.	Élaboration d'une disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage	108-112
Annexe	Rapport du groupe de rédaction	

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission avait jugé que l'heure était venue, notamment, d'évaluer au sein de l'instance universelle qu'elle constituait l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage. Elle avait confié la tâche au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et décidé que les points prioritaires que devrait aborder ce dernier seraient, entre autres, la force exécutoire des mesures provisoires conservatoires et la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage.

2. Le document A/CN.9/WG.II/WP.135 (par. 5 à 24) contient le compte rendu le plus récent des débats que le Groupe de travail a tenus sur les mesures provisoires conservatoires et sur la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage. Le secrétariat avait été prié d'établir une version révisée du projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires conservatoires, d'un nouvel article à insérer dans la Loi type concernant la reconnaissance et l'exécution de ces mesures (provisoirement numéroté 17 *bis*), d'un nouvel article également à insérer dans la Loi type concernant les mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques (provisoirement numéroté 17 *ter*), ainsi que du projet d'article 7 de la Loi type relatif à la définition et à la forme de la convention d'arbitrage, afin que le Groupe de travail les examine à sa quarante-troisième session.

3. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-troisième session à Vienne du 3 au 7 octobre 2005. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Cameroun, Canada, Chine, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Lituanie, Mexique, Nigéria, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

4. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Émirats arabes unis, Finlande, Indonésie, Iraq, Irlande, Lettonie, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, Roumanie, Slovaquie et Viet Nam.

5. Y ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif créé en vertu de l'article 2022 de l'ALENA et Cour permanente d'arbitrage.

6. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Centre international d'arbitrage de Vienne, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Conseil des barreaux européens (CCBE), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration

(KLRCA), Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration et London Court of International Arbitration (LCIA).

7. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après:

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);

Rapporteuse: Mme Izabela WERESNIAK (Pologne).

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.135); b) note du secrétariat contenant une nouvelle version révisée du projet de paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage établie par lui conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.136); c) note du secrétariat contenant une proposition, présentée par une délégation, de révision du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.137); d) note du secrétariat contenant une nouvelle version révisée des projets de dispositions sur les mesures provisoires conservatoires, établie conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à ses quarantième, quarante et unième et quarante-deuxième sessions (A/CN.9/WG.II/WP.138); et e) rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-deuxième session (A/CN.9/573).

9. 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. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires conservatoires et sur la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

10. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur le texte figurant dans les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.136, A/CN.9/WG.II/WP.137 et A/CN.9/WG.II/WP.138). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres III à VIII. Le secrétariat a été prié de réviser le texte des dispositions sur les mesures provisoires conservatoires et sur la prescription de la forme écrite pour les conventions d'arbitrage en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions.

III. Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires conservatoires

Remarques générales

11. Le Groupe de travail a noté que la Commission, à sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005), avait exprimé l'espoir qu'il serait en mesure de lui présenter ses propositions de révision des articles 7 et 17 de la Loi type sur l'arbitrage pour examen et adoption finals à sa trente-neuvième session en 2006 (A/60/17, par. 175 à 177).

12. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004) il avait examiné dans le détail le texte de la version révisée de l'article 17 ("projet d'article 17") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires conservatoires. Il a repris ses discussions sur ce projet d'article et s'est fondé, pour ce faire, sur le texte (A/CN.9/WG.II/WP.138) que le secrétariat a établi en tenant compte de ses débats antérieurs.

Paragraphe 1

13. Il a été proposé d'insérer les mots "ou les modifier" à la fin de ce paragraphe et de supprimer le paragraphe 6. On a expliqué, pour justifier cette proposition, que l'ajout en question visait à étendre le champ d'application du paragraphe 1 à la situation prévue au paragraphe 6, dans laquelle une partie demandait à un tribunal arbitral de modifier, de suspendre ou de rétracter une mesure provisoire. L'autre cas de figure envisagé dans ce paragraphe 6, à savoir le pouvoir d'un tribunal arbitral de modifier, de suspendre ou de rétracter une mesure provisoire de sa propre initiative était, a-t-on dit, inhérent au processus arbitral, ce qui rendait inutile cette partie du paragraphe.

14. À cette proposition, qui a recueilli quelques suffrages, il a été objecté que les paragraphes 1 et 6 traitaient du pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires à la demande des parties à différents stades du processus arbitral et que, de ce fait, ils devaient tous deux être conservés.

15. On a souligné qu'il était nécessaire de mentionner la modification, la suspension ou la rétractation d'une mesure provisoire décidée d'office par un tribunal arbitral, comme le faisait le paragraphe 6, pour régler le cas de la non-participation du défendeur.

16. Dans le courant de la discussion, on a aussi fait observer que l'action de "modifier" n'englobait pas nécessairement celle de "suspendre" ou de "rétracter" la mesure.

17. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé d'adopter le paragraphe 1 sans modification et est convenu qu'il faudrait peut-être examiner de plus près les questions soulevées par le paragraphe 6 (voir par. 45 et 46 ci-dessous).

Paragraphe 2

Chapeau

18. Le Groupe de travail a adopté le chapeau du paragraphe 2 quant au fond sans modification.

Alinéa a)

19. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa a) quant au fond sans modification.

Alinéa b)

"[, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même]"

20. Le Groupe de travail a examiné si les mots entre crochets "ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même", figurant à la fin de l'alinéa, devaient être conservés pour bien montrer qu'un tribunal arbitral a le pouvoir d'empêcher une partie d'entraver ou de retarder le processus arbitral, y compris en rendant une injonction antipoursuites (*anti-suit injunction*).

21. Le Groupe de travail a rappelé ses débats antérieurs sur la question de savoir si le paragraphe 2 du projet d'article 17 devait être interprété comme autorisant un tribunal arbitral à prononcer une telle injonction (autrement dit une mesure provisoire par laquelle il enjoindrait à une partie de ne pas poursuivre une procédure judiciaire ou une procédure arbitrale distincte) (A/CN.9/547, par. 84 à 92). Il a été estimé à cet égard que le texte entre crochets ne devait pas être interprété comme visant uniquement ce type d'injonction mais comme s'appliquant plus généralement aux injonctions destinées à contrer le large éventail de mesures existantes qui étaient utilisées dans la pratique pour faire obstacle au processus arbitral.

22. Des réserves ont été émises à propos de l'idée d'autoriser directement ou indirectement dans le projet d'article 17 le recours aux injonctions antipoursuites, du fait que ce type d'injonction était inconnu ou mal connu dans de nombreux systèmes juridiques et que la pratique dans ce domaine n'était pas uniforme. On a ajouté que ces injonctions ne revêtaient pas toujours un caractère provisoire et qu'elles étaient liées à la question de la compétence du tribunal arbitral, laquelle ne devait pas être confondue avec l'octroi d'une mesure provisoire.

23. En réponse à ces réserves, il a été dit, à l'appui du traitement des injonctions antipoursuites dans le projet d'article 17, que ces injonctions étaient de plus en plus fréquentes et remplissaient une fonction importante dans le commerce international. Bien que, dans un certain nombre de pays, la loi ne reconnaisse pas ces injonctions, on constatait que les tribunaux arbitraux siégeant dans ces pays étaient de plus en plus souvent confrontés à des manœuvres destinées à entraver ou compromettre le processus arbitral. On a aussi fait valoir qu'il était légitime que les tribunaux arbitraux cherchent à protéger leur propre processus.

24. Il a été rappelé que le Groupe de travail, à ses précédentes sessions, avait exprimé une préférence pour l'inclusion des injonctions antipoursuites dans le projet d'article 17. Même si l'alinéa b) du paragraphe 2 ne mentionnait pas expressément le pouvoir de rendre ce type d'injonction, l'existence d'un tel pouvoir, a-t-on dit, serait néanmoins implicitement admise. À cet égard, il a été noté que certaines juridictions étatiques avaient considéré que le pouvoir de rendre des injonctions

antipoursuites et d'empêcher d'autres obstacles au processus arbitral, était inhérent au tribunal arbitral. Il a été dit que le libellé de l'alinéa b) de ce paragraphe était certes souple, ouvert et probablement assez large pour englober les injonctions antipoursuites mais que, dans un souci de clarté, il serait préférable d'insérer les mots proposés.

25. Cette interprétation, a-t-on dit, avait été corroborée par le fait que l'exigence d'un lien entre la mesure provisoire et l'objet du litige (énoncée dans la version initiale de l'article 17 de la Loi type sur l'arbitrage) avait été supprimée à une précédente session. Il a été noté que cette exigence apparaissait aussi à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et avait été interprétée dans certains pays comme limitant la possibilité de prononcer de telles injonctions.

26. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu de conserver les mots entre crochets à la fin de l'alinéa b) et de supprimer les crochets, de sorte que cet alinéa serait, en substance, libellé comme suit: "De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent, ou une atteinte au processus arbitral lui-même".

Alinéa c)

27. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa c) quant au fond sans modification.

Alinéa d)

28. Il a été proposé de supprimer cet alinéa au motif que la formule "pertinents et importants" était trop générale et risquait d'être la porte ouverte à des arguments juridiques à propos de savoir si un élément de preuve était pertinent mais non important ou important mais non pertinent. En outre, a-t-on rappelé, la question de la preuve était déjà traitée à l'article 19-2 de la Loi type sur l'arbitrage, lequel prévoyait que les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprenaient celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite. Il a été dit qu'on ne saurait demander au tribunal arbitral de préjuger de la pertinence et de l'importance des éléments de preuve au stade de l'octroi d'une mesure provisoire.

29. Le Groupe de travail a cependant observé que l'expression "pertinent et important" était déjà employée dans les règles de l'Association internationale du barreau sur la preuve dans l'arbitrage commercial international (Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration) (adoptées par une résolution du Conseil de l'Association, en juin 1999), qui étaient le fruit d'un long débat. Il a été noté que cette expression avait pris un sens tel que le mot "pertinent" signifiait que l'élément de preuve devait avoir un lien avec le litige et que le mot "important" désignait le caractère déterminant de cet élément. À l'appui de son maintien, on a fait valoir que la formule "pertinent et important" était couramment employée et comprise dans l'arbitrage international.

30. Il a été déclaré que l'alinéa d) ne diminuait en rien le pouvoir prévu à l'article 19-2 de la Loi type sur l'arbitrage mais abordait plutôt des aspects différents. L'article 19-2 traitait du pouvoir du tribunal arbitral d'évaluer la recevabilité et la valeur des éléments de preuve, tandis que l'alinéa d) avait trait au droit d'un tribunal arbitral, à un stade précoce, d'ordonner une mesure pour préserver des éléments de preuve.

31. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu de conserver tel quel le texte de l'alinéa d).

Paragraphe 3

Chapeau – relation avec le paragraphe 2 d)

32. Il a été proposé que les obligations générales énoncées au paragraphe 3 ne s'appliquent pas à tous les types de mesures provisoires décrits au paragraphe 2. On a, par exemple, jugé inapproprié d'exiger dans tous les cas qu'une partie demandant une mesure provisoire pour sauvegarder des éléments de preuve, conformément à l'alinéa d) de ce paragraphe 2, démontre nécessairement qu'un préjudice exceptionnel serait causé si la mesure n'était pas ordonnée, ou d'exiger de cette partie qu'elle satisfasse plus généralement au seuil très élevé établi au paragraphe 3 (A/CN.9/547, par. 91). C'est pourquoi il a été proposé d'ajouter au début du texte du paragraphe 3 les mots "Excepté en ce qui concerne la mesure visée à l'alinéa d) du paragraphe 2". Cette proposition a été appuyée au motif que la sauvegarde d'éléments de preuve ne devrait pas être soumise aux conditions énoncées au paragraphe 3. Une autre solution proposée était d'employer une tournure affirmative dans le chapeau du paragraphe 3, comme suit: "La partie demandant la mesure provisoire conservatoire aux fins des alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 convainc le tribunal arbitral". Le Groupe de travail a accepté cette proposition quant au fond.

33. Il a été proposé d'indiquer dans un texte explicatif accompagnant l'article 17 que le fait de ne pas soumettre le type de mesure prévu par l'alinéa d) aux conditions du paragraphe 3 ne signifiait pas pour autant que le tribunal arbitral n'examinerait pas et n'évaluerait pas les circonstances lorsqu'il déciderait de l'opportunité ou non d'ordonner la mesure.

34. Un tribunal arbitral devant décider d'accorder ou non une mesure provisoire pour sauvegarder des éléments de preuve comparerait probablement la gravité du préjudice subi par le demandeur si la mesure n'était pas accordée avec celle du préjudice subi par la partie s'opposant à la mesure si elle l'était. De l'avis général, cette question devrait être traitée à l'article 17 et non réservée au texte explicatif s'y rapportant. C'est pourquoi il a été proposé d'ajouter après le paragraphe 3 un nouveau paragraphe libellé comme suit: "En ce qui concerne les demandes de mesures provisoires conservatoires aux fins de l'alinéa d) du paragraphe 2, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 3 ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral." Le Groupe de travail a accepté cette proposition quant au fond.

35. Il a été fait observer que l'octroi de mesures provisoires pour sauvegarder des éléments de preuve pouvait avoir des conséquences négatives et que les conditions fixées au paragraphe 3 b) devraient quand même s'appliquer à ce type de mesure. Une autre proposition était donc d'ajouter les mots "Excepté en ce qui concerne la mesure visée à l'alinéa d) du paragraphe 2" au début du texte du paragraphe 3 a) et non, comme il avait été suggéré, au début du chapeau. Cette proposition n'a pas été appuyée.

Alinéa a)

36. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarantième session on avait exprimé la crainte que l'alinéa a) soit interprété de manière restrictive comme excluant du champ des mesures provisoires tout préjudice susceptible d'être réparé par l'octroi de dommages-intérêts.

37. Le Groupe de travail est convenu de conserver les mots "de façon adéquate" et de préciser, dans un texte explicatif accompagnant le paragraphe 3, que celui-ci devrait être interprété de manière souple et qu'il était nécessaire, pour ce faire, de comparer la gravité du préjudice subi par le demandeur si la mesure provisoire n'était pas accordée avec celle du préjudice subi par la partie s'opposant à la mesure si celle-ci l'était.

38. Tenant compte de ces points de vue, le Groupe de travail est convenu de conserver l'alinéa a) quant au fond sans modification.

Alinéa b)

39. On s'est inquiété de ce que l'alinéa b) n'écartait pas de manière satisfaisante le risque ou la crainte qu'un tribunal arbitral ne préjuge le fond du litige au moment de l'octroi d'une mesure provisoire. Pour répondre à cette préoccupation, diverses propositions ont été faites.

40. Il a été proposé de supprimer les mots "étant entendu que" et de scinder l'alinéa en deux phrases distinctes. On a aussi proposé de remplacer les mots "étant entendu que" par "mais" afin d'indiquer clairement qu'une décision sur les chances du demandeur d'avoir gain de cause sur le fond ne devait pas être considérée comme une condition d'octroi de la mesure provisoire mais comme une conclusion en découlant. Ces propositions n'ont pas bénéficié d'un large appui.

41. Une autre proposition encore était de faire ressortir que les mots "une décision ultérieure quelconque" se rapportaient à des décisions sur le fond et donc de les remplacer par une expression telle que: "une décision quant au fond".

42. À cette proposition, il a été objecté toutefois que les mots "une décision ultérieure quelconque" désignaient non seulement une sentence quant au fond mais aussi une ordonnance de procédure. Après discussion, il a été convenu de conserver l'alinéa b) tel qu'il était rédigé.

Paragraphe 4

43. Le paragraphe 4 a été adopté quant au fond sans modification.

Paragraphe 5

44. Il a été proposé d'ajouter au début du paragraphe 5 les mots: "Si le tribunal arbitral le lui ordonne" au motif qu'il serait malavisé, compte tenu des divergences entre les règles des systèmes de droit romano-germanique et celles de la *common law* concernant l'obligation de communication, de prévoir une disposition générale sur cette question. Cette proposition n'a pas été appuyée et le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 quant au fond sans modification.

Paragraphe 6

45. Tenant compte de ses précédents débats sur la question dans le cadre du paragraphe 1 (voir par. 13 à 17 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu que les verbes “suspendre” ou “rétracter” bien que pouvant être englobés par le seul verbe “modifier”, constituaient des types particuliers de modifications et devaient de ce fait être mentionnés expressément.

46. Par souci de clarté, il a été proposé de modifier la structure du paragraphe 6 comme suit: “Le tribunal arbitral peut à tout moment modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire qu’il a accordée: a) à la demande de l’une des parties; ou b) dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition de le notifier préalablement aux parties.” Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

Paragraphe 6 *bis*

47. On a fait observer que le texte, tel qu’il était rédigé, ne semblait pas envisager la responsabilité dans les cas où les conditions d’octroi de la mesure provisoire avaient été remplies mais où la mesure se révélait finalement injustifiée. Il a été proposé de remplacer les mots “la mesure n’aurait pas dû être accordée” par les mots “la mesure était injustifiée”. Cette proposition a suscité des objections au motif qu’elle pouvait être interprétée comme invitant à débattre de savoir si le tribunal arbitral était fondé ou non à octroyer la mesure et comme pouvant engager la responsabilité du tribunal même. Après discussion, cette proposition n’a pas été adoptée.

48. Il a été proposé par ailleurs de remplacer le mot “ordonner” par le mot “accorder” dans la deuxième phrase du paragraphe 6 *bis* pour bien montrer qu’il s’agissait d’une sentence et non d’une ordonnance. La phrase serait alors libellée comme suit: “Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure”. Il a été dit que, pour permettre la contestation d’une décision du tribunal arbitral concernant les frais et les dommages-intérêts, il devrait être clairement indiqué qu’une telle décision devrait être rendue sous forme de sentence. Cette proposition a été adoptée.

Paragraphe 7

Débat général

49. Le Groupe de travail a rappelé qu’à ses quarante et unième (Vienne, 13-17 septembre 2004) et quarante-deuxième (New York, 10-14 janvier 2005) sessions il avait examiné en détail le texte du paragraphe 7 du projet d’article 17 relatif au pouvoir d’un tribunal arbitral d’accorder des mesures provisoires *ex parte*. Il a également rappelé que, malgré d’importantes divergences d’opinions, il était parvenu à un texte de compromis pour ce paragraphe, étant entendu que ce dernier s’appliquerait sauf convention contraire des parties, qu’il devrait être clairement indiqué que les injonctions préliminaires avaient le caractère d’ordonnance de procédure et non celui de sentence, qu’aucune procédure d’exécution ne serait prévue à l’article 17 *bis* pour ces injonctions, et qu’aucune note de bas de page ne serait ajoutée (A/CN.9/573, par. 27). Ce texte de compromis figure dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.138, par. 5).

50. Le Groupe de travail a noté que la Commission, à sa trente-huitième session, avait observé que la question des mesures provisoires *ex parte* restait controversée. Certaines délégations avaient exprimé l'espoir que ce texte de compromis serait définitif, tandis que d'autres avaient émis des doutes quant à son utilité, en particulier compte tenu du fait qu'il ne prévoyait pas l'exécution des injonctions préliminaires (A/60/17, par. 175).

51. Comme cela avait déjà été fait à cette session, il a été proposé de reformuler le paragraphe 7 de sorte qu'il ne s'applique que si les parties en étaient expressément convenues (A/60/17, par. 175). Une autre proposition était de placer la disposition sur les injonctions préliminaires, y compris tous les aspects du régime d'exécution qui leur était applicable, dans un article distinct, ce qui, a-t-on dit, faciliterait également l'adoption du projet d'article 17 par les États qui ne souhaitaient pas prendre de dispositions relatives à ce type d'injonction (A/60/17, par. 176). Aux propositions présentées à la Commission, est venue s'ajouter une autre, celle de rendre le paragraphe 7 facultatif pour les États, par exemple, en prévoyant un mécanisme leur permettant d'adopter le paragraphe sur le modèle de l'article X qui accompagnait, sous forme de note, l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (A/CN.9/WG.II/WP.138, par. 68).

52. Le Groupe de travail a été invité instamment par certaines délégations à réexaminer s'il estimait toujours opportun de conserver le texte de compromis. On a déclaré que la notion de mesure provisoire *ex parte* suscitait encore des oppositions fortes et persistantes et que le Groupe de travail devait prendre garde de ne pas créer de controverse au sein de la Commission à propos de cette question, ce qui pourrait nuire à la réputation de la Loi type sur l'arbitrage et à celle de la CNUDCI. On a aussi estimé que le texte de compromis risquait d'être source de discordance ou de confusion pour les pays qui avaient incorporé ou qui souhaitaient incorporer la Loi type dans leur droit. On a ajouté que les principaux organismes œuvrant dans le domaine de l'arbitrage avaient exprimé des inquiétudes au sujet de ce texte.

53. La plupart des délégations ayant pris la parole se sont fermement opposées à toute idée de rouvrir le débat sur le texte de compromis. Il a été rappelé que ce texte était le fruit de longues discussions et d'efforts considérables de la part à la fois des opposants aux mesures *ex parte* et de leurs partisans. On a fait observer que le texte de compromis était novateur et prévoyait des garanties, soigneusement libellées, notamment en limitant la possibilité de prononcer des mesures *ex parte* ainsi que la durée de ces mesures, qui revêtaient le caractère d'injonction préliminaire plutôt que de mesure provisoire accordée *ex parte*. Il a été dit que les doutes et inquiétudes exprimés au sein de la Commission, de même que les propositions présentées à cette session, reflétaient le débat qui avait déjà eu lieu dans le Groupe de travail mais ne fournissaient aucun élément nouveau ni aucun motif décisif justifiant le réexamen du texte de compromis.

54. En réponse à la proposition d'introduire un mécanisme permettant aux États d'adopter, s'ils le souhaitent, le paragraphe 7, il a été dit qu'un tel mécanisme serait inutile puisqu'une loi type, par nature, laissait aux États toute liberté d'incorporer certaines dispositions ou pas dans leur droit et que ce mécanisme avait été discuté et rejeté lors de l'élaboration du texte de compromis.

55. Après une longue discussion, le Groupe de travail est convenu de s'en tenir au texte de compromis sans modification. Il est également convenu d'examiner la

question de l'emplacement du paragraphe 7 et de l'économie générale du projet d'article 17 lorsqu'il aborderait la forme sous laquelle les dispositions révisées (projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter*) pourraient être présentées dans la Loi type sur l'arbitrage. Il a été proposé au Groupe de travail de garder à l'esprit, lorsqu'il déciderait de la place du paragraphe 7 et de la structure définitive de l'article 17, que les "mesures provisoires" et les "injonctions préliminaires" étaient des concepts juridiques différents et que, par conséquent, il serait souhaitable de placer les dispositions traitant ces concepts dans des articles séparés. D'autre part, certaines délégations ont dit que les dispositions sur les injonctions préliminaires ne devraient pas être séparées du reste du projet d'article 17 d'une façon qui les vouerait à la suppression.

Alinéa a)

56. Pour bien montrer qu'il était entendu dans le texte de compromis qu'une injonction préliminaire ne pouvait revêtir que la forme d'une ordonnance de procédure et non celle d'une sentence, il a été proposé d'énoncer expressément ce principe dans l'alinéa a). Il a été suggéré d'insérer un libellé du type "sous la forme d'une ordonnance de procédure". Il a été dit que cette précision permettrait de distinguer les injonctions préliminaires des mesures provisoires, qui selon le projet d'article 17-2 pouvaient être prononcées sous la forme d'une sentence ou sous une autre forme (ce libellé a finalement été inséré à l'alinéa c) par le groupe de rédaction, voir annexe).

57. Il a été rappelé qu'à sa quarante-deuxième session le Groupe de travail avait déjà souligné qu'une ordonnance de procédure se distinguait d'une mesure provisoire non seulement par la forme, mais également sur le fond, étant donné que, d'après certains, les décisions de procédure n'étaient susceptibles d'exécution ni dans le cadre de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("la Convention de New York") ni dans celui de l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage et qu'il était difficile de se prononcer sur des questions de procédure (A/CN.9/573, par. 36). Il a également été souligné que le terme de "procédure" faisait souvent l'objet de controverses et que, de ce fait, son emploi devait être évité. Après discussion, le Groupe de travail est convenu, pour éviter toute incertitude quant à la portée et à la nature des ordonnances de procédure, d'indiquer à l'alinéa a) qu'une injonction préliminaire ne devrait pas être prononcée sous la forme d'une sentence.

Alinéa b)

58. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa b) quant au fond sans modification.

Alinéa c)

59. Le Groupe de travail a noté que cet alinéa, dans sa rédaction actuelle, mentionnait apparemment deux fois le risque de voir la mesure provisoire compromise. Pour remédier à ce problème, on a proposé de modifier l'alinéa comme suit: "Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire s'il considère qu'il existe des craintes raisonnables de voir la mesure provisoire demandée compromise par sa divulgation préalable à la partie contre laquelle elle est dirigée." Cette proposition n'a pas été appuyée. Une autre proposition était de supprimer les mots "qu'il existe des craintes raisonnables de voir la mesure provisoire

conservatoire demandée compromise" de sorte que l'alinéa serait libellé comme suit: "Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure." Après discussion, le Groupe de travail a adopté cette proposition.

Alinéa d)

60. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa d) quant au fond sans modification.

Alinéa e)

"concomitamment"

61. Il a été proposé de supprimer l'adverbe "concomitamment" car il semblait redondant au vu des mots "dès que possible" figurant à la fin de la première phrase de l'alinéa e). En réponse, il a été rappelé au Groupe de travail que, lorsqu'il avait débattu cette disposition à sa quarante-deuxième session, une distinction avait été faite entre l'obligation du tribunal arbitral de se prononcer sur l'injonction préliminaire aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances et l'obligation de la partie visée par l'injonction de présenter ses arguments dès que possible (A/CN.9/573, par. 48). Après discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le mot "concomitamment".

"une partie" – "une injonction préliminaire"

62. Par souci de cohérence avec l'alinéa d), qui faisait référence à "une partie quelconque", il a été proposé de remplacer les mots "la partie" dans la première phrase par "une partie". En outre, l'alinéa d) envisageant la possibilité qu'un tribunal arbitral n'ait pas prononcé l'injonction préliminaire, il a été proposé de remplacer les mots "l'injonction préliminaire" par "une injonction préliminaire". Ces deux propositions ont été acceptées par le Groupe de travail.

"Il se prononce aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances"

63. Il a été noté que, tel qu'il était rédigé, l'alinéa e) était ambigu du fait que, dans la deuxième phrase, il était difficile de savoir à quelle décision les mots "il se prononce aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances" se rapportaient. De l'avis général, ce point devait être clarifié. Selon une opinion, ces mots étaient censés désigner la décision du tribunal arbitral d'adopter ou de modifier l'injonction préliminaire, après que la partie visée par cette injonction avait été avisée et que la possibilité lui avait été donnée de présenter ses arguments, comme le prévoyait l'alinéa f). Il a donc été proposé soit d'insérer un renvoi à l'alinéa f) dans la deuxième phrase de l'alinéa e), soit de fusionner la deuxième phrase de l'alinéa e) et la deuxième phrase de l'alinéa f). Ces propositions n'ont pas été appuyées.

64. Selon l'avis qui a prévalu, les mots "il se prononce aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances" étaient censés se rapporter à la décision du tribunal arbitral en réponse à une contestation pouvant émaner de la partie visée par l'injonction préliminaire. Il a donc été proposé de développer cette phrase dans un alinéa distinct et de la reformuler comme suit: "Le tribunal arbitral se prononce

sur toute contestation de l'injonction préliminaire aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances."

65. Il a été fait observer qu'on pouvait simplifier le libellé de ce nouvel alinéa proposé en supprimant les mots "aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances", du fait qu'une décision concernant une injonction préliminaire devait, en tout état de cause, être prise rapidement, comme en témoignait le délai de validité de vingt jours d'une injonction prévu à l'actuel alinéa f). Le Groupe de travail a adopté le texte suivant en tant que nouvel alinéa: "Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'injonction préliminaire."

"Arbitrage multipartite"

66. Il a été dit que le paragraphe 7 ne semblait envisager que les cas d'arbitrage bipartite et que, de ce fait, il ne tenait pas compte de l'arbitrage multipartite. C'est pourquoi il a été proposé, par exemple à l'alinéa a), de remplacer les mots "l'autre partie" par "aucune autre partie". Dans le même ordre d'idées, il a été signalé que la communication d'informations envisagée à l'alinéa d) ne visait que la partie contre laquelle l'injonction était requise. On a fait observer que, dans les cas d'arbitrages multipartites, toutes les parties souhaiteraient recevoir de telles informations. De même, il a été noté que l'alinéa e) ne donnait la possibilité d'être entendue qu'à la partie visée par l'injonction préliminaire et ne tenait donc pas compte des cas multipartites. Il a été dit que le texte de la Loi type sur l'arbitrage, tel qu'adopté en 1985, était rédigé de telle sorte qu'il semblait viser l'arbitrage bipartite et laisser la question de l'arbitrage multipartite à la discrétion des États adoptants. On a avancé qu'il faudrait peut-être régler les questions soulevées par l'arbitrage multipartite de manière uniforme dans l'ensemble du texte de la Loi type sur l'arbitrage et pas seulement dans les dispositions relatives aux mesures provisoires.

67. Si le Groupe de travail est convenu qu'un tribunal arbitral n'avait pas compétence pour lier des personnes qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage, il a noté que cette question revêtait une importance particulière dans le contexte de l'octroi d'injonctions préliminaires. On a signalé un cas, par exemple, où, dans un arbitrage en matière d'investissement, le droit de participer à la procédure avait été accordé à des tiers qui pouvaient être affectés par la décision du tribunal arbitral. Le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait aborder ces questions dans le cadre de travaux futurs.

Alinéa f)

68. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa f) quant au fond sans modification.

Alinéa g)

"exige" – "peut exiger"

69. À la question de savoir si les règles du paragraphe 4 et celles de l'alinéa g) aboutissaient à des résultats différents dans la pratique, il a été répondu qu'il existait une différence de degré entre les deux dispositions. Alors que, dans l'alinéa g), le tribunal arbitral "devait exiger" la constitution d'une garantie, dans le paragraphe 4, il avait la "possibilité" de le faire. Pour expliquer la différence, il a été rappelé que le Groupe de travail avait, lors de débats antérieurs, conclu que la constitution d'une garantie devait être impérativement exigée et représentait une protection importante

en cas d'octroi d'une injonction préliminaire (A/CN.9/569, par. 35). Il a également été rappelé que le Groupe de travail était convenu d'ajouter à l'alinéa g) la formule "sauf s'il le juge inapproprié" pour donner au tribunal un pouvoir d'appréciation dans les circonstances où il serait impossible d'exiger la constitution d'une garantie en rapport avec l'octroi d'une injonction préliminaire (A/CN.9/569, par. 36 et 37). Bien qu'il ait été largement admis que, dans les faits, les deux règles produiraient des résultats très similaires, il a été convenu de garder les deux dispositions.

"toute autre partie"

70. Il a été signalé que, contrairement au paragraphe 4 du projet d'article 17 qui indiquait que le tribunal arbitral pouvait exiger du demandeur ou de "toute autre partie" de constituer une garantie appropriée, l'alinéa g) se contentait de mentionner le "demandeur". Il a été suggéré que les mots "ou de toute autre partie" soient ajoutés à la suite de "demandeur" dans l'alinéa g) afin de couvrir les situations où il serait approprié d'obtenir la garantie d'une partie autre que le demandeur, par exemple lorsque ce dernier n'avait pas de fonds, était une société écran ou était assuré. Après discussion, cette proposition a été retirée car il a été convenu qu'une décision du tribunal arbitral ne pouvait lier que le demandeur indépendamment du fait qu'un tiers, tel qu'une banque ou une compagnie d'assurance, ait fourni cette garantie au nom du demandeur.

Alinéa h)

Relation entre le paragraphe 5 et l'alinéa h)

71. Selon une opinion, les obligations du paragraphe 5 et de l'alinéa h) se recoupaient, ce qui rendait probablement cette dernière disposition redondante. En réponse, il a été fait remarquer que l'alinéa h) établissait une obligation large en exigeant la révélation de toutes les circonstances que le tribunal arbitral était susceptible de juger pertinentes pour sa décision, que celles-ci aient ou non un lien avec la requête, alors que le paragraphe 5 ne faisait référence qu'aux changements importants des circonstances sur la base desquelles la mesure provisoire avait été demandée ou accordée. Il a été ajouté que le paragraphe 5, auquel renvoyait le paragraphe 7 b), traitait des changements importants de circonstances après l'octroi de la mesure, alors que l'alinéa h) énonçait une obligation plus large d'informer le tribunal arbitral qui s'appliquait dès le moment où l'injonction préliminaire avait été demandée jusqu'à ce que le défendeur ait fait valoir ses arguments. Étant donné les différences d'objet et de portée des deux dispositions, le Groupe de travail est convenu de conserver l'alinéa h) de sorte que le demandeur soit tenu de révéler tous les éléments jusqu'à ce que l'autre partie ait été entendue (A/CN.9/569, par. 68).

72. Il a été fait remarquer que l'obligation d'information n'était apparemment pas claire, dans la mesure où l'alinéa h) la décrivait comme s'appliquant seulement jusqu'à ce que la partie visée par l'injonction ait présenté ses arguments sans indiquer quand elle commençait. Dans le même sens, il a été dit que l'alinéa h) n'envisageait pas la situation où cette dernière partie ne participait pas à la procédure.

73. En vue de répondre à ces observations, il a été proposé de modifier l'alinéa h) comme suit: "Une partie qui requiert une injonction préliminaire signale au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes

pour sa décision de prononcer l'injonction et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'injonction a été requise ait eu la possibilité de présenter ses arguments." Il a été dit que cette proposition ne visait pas à modifier quant au fond l'objet ou la portée de l'alinéa h) ni du paragraphe 5, mais simplement à définir précisément le moment où l'obligation de divulgation en rapport avec une injonction préliminaire débutait et prenait fin. En outre, la proposition reconnaissait le fait que, dans certaines circonstances, une partie puisse choisir de ne pas faire valoir ses arguments, raison pour laquelle il valait mieux faire référence à la possibilité donnée à cette partie de présenter ses arguments. Il a par ailleurs été proposé d'ajouter les mots "ou de maintenir" après le mot "prononcer".

74. Il a été proposé, pour mieux lever les incertitudes découlant de la relation entre le paragraphe 5 et l'alinéa h), d'ajouter le texte suivant à la fin de la proposition: "Par la suite, le requérant est tenu, en ce qui concerne l'injonction préliminaire, de la même obligation d'information que celle qui incombe au demandeur en ce qui concerne une mesure provisoire en vertu du paragraphe 5." Il a été précisé que le terme "requérant" avait été employé dans la proposition par souci de cohérence car les projets de dispositions parlaient de "requête" lorsqu'il s'agissait d'une injonction préliminaire, mais de "demande" pour une mesure provisoire. Il a été dit que cette proposition exigerait, par voie de conséquence logique, de supprimer la référence au paragraphe 5 figurant à l'alinéa b) du paragraphe 7.

75. Ces propositions ont été acceptées quant au fond. L'alinéa h) serait donc libellé comme suit: "Une partie qui requiert une injonction préliminaire signale au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir une injonction préliminaire et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'injonction a été requise ait eu la possibilité de présenter ses arguments. Par la suite, le requérant est tenu, en ce qui concerne l'injonction préliminaire, de la même obligation d'information que celle qui incombe au demandeur en ce qui concerne une mesure provisoire en vertu du paragraphe 5."

IV. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type sur l'arbitrage en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)

Paragraphe 1

76. Il a été proposé, compte tenu de la terminologie employée à l'article 36-1 a) v) de la Loi type sur l'arbitrage, d'indiquer au paragraphe 1 de la version anglaise qu'une mesure provisoire accordée par un tribunal arbitral ne s'imposait qu'aux parties et donc d'ajouter "on the parties" après "binding". Il a été fait observer, à l'encontre de cette proposition, que le paragraphe 1 de l'article 17 *bis* avait été rédigé de manière à être cohérent avec l'article 35-1 de la Loi type, qui ne faisait pas référence aux parties. C'est pourquoi on est convenu de ne pas adopter cette proposition. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans le modifier.

Relation entre le paragraphe 1 et les articles 35 et 36

77. Il a été proposé d'indiquer expressément la relation entre le régime d'exécution créé par l'article 17 *bis* et celui défini aux articles 35 et 36 de la Loi type sur l'arbitrage. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si le régime d'exécution prévu au chapitre VIII de la Loi type pouvait aussi s'appliquer dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution d'une mesure provisoire accordée par un tribunal arbitral sous la forme d'une sentence.

78. Selon un avis, même si l'article 17 *bis* était spécifiquement destiné à créer un régime de reconnaissance et d'exécution des mesures provisoires, il n'en restait pas moins qu'une sentence comprenant une mesure provisoire pouvait être mise à exécution sous réserve des motifs exposés aux articles 35 et 36. Il a été dit que la question de savoir si des mesures provisoires accordées sous la forme d'une sentence entraient dans le champ d'application de la Convention de New York avait suscité des divergences d'opinions dans divers États. Selon un autre avis, la forme sous laquelle une mesure provisoire était prononcée était sans incidence sur sa nature, et quelle que soit cette forme, en matière de reconnaissance et d'exécution, elle serait toujours considérée comme une mesure provisoire relevant du champ d'application de l'article 17 *bis*.

79. Il a été dit que le régime de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires prévu à l'article 17 *bis* était autonome mais qu'il serait peut-être nécessaire d'exclure expressément l'application des articles 35 et 36 afin d'éviter toute confusion de la part des utilisateurs. À cet effet, il a été proposé d'ajouter, à la fin du paragraphe 1, les mots suivants: "et à l'exclusion des articles 35 et 36". Si cette proposition était adoptée, il faudrait, a-t-on dit, expressément inclure la disposition du paragraphe 2 de l'article 35 dans le projet d'article 17 *bis*. La proposition a bénéficié d'un certain soutien car elle permettait d'indiquer clairement que l'article 17 *bis* s'appliquait aux mesures provisoires à l'exclusion du chapitre VIII. À l'encontre de cette proposition, on a fait observer que les articles 35 et 36 concernaient la reconnaissance et l'exécution des sentences alors que l'article 17 *bis* traitait explicitement de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires et que l'ajout proposé risquait d'accentuer l'ambiguïté. Le Groupe de travail est convenu de ne pas adopter la proposition mais a noté qu'il faudrait sans doute examiner plus avant, à un stade ultérieur, la question soulevée.

Paragraphe 2

Alinéa a)

Chapeau

80. À des fins d'harmonisation avec l'article 36-1, on a proposé de remplacer le chapeau du paragraphe 2 par les mots "La reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire ne peuvent être refusées que:". Cette proposition a été adoptée sur le fond.

Sous-alinéa i)

81. Le Groupe de travail a adopté le sous-alinéa i) de l'alinéa a) quant au fond sans modification.

Sous-alinéa ii)

82. Le Groupe de travail a adopté le sous-alinéa ii) de l'alinéa a) quant au fond sans modification.

Sous-alinéa iii)

83. Il a été proposé de supprimer les mots "lorsqu'elle y est habilitée" car ils introduisaient un élément qui allait de soi et risquaient de donner l'impression que les juridictions étatiques avaient le pouvoir d'examiner une mesure provisoire *de novo*. Cette proposition n'a toutefois pas été appuyée, car on a jugé nécessaire de conserver ces mots, qui limitaient la possibilité d'intervention des juridictions étatiques aux cas où elles étaient expressément autorisées à revoir une mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral.

84. Il a été proposé de supprimer les mots "ou, lorsqu'elle y est habilitée, par la juridiction de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée". On a fait valoir à l'appui de cette proposition qu'en l'absence de traité sur la question entre les États une juridiction étatique ne serait probablement pas fondée en droit à refuser de reconnaître une mesure provisoire conservatoire émanant d'un tribunal arbitral, qui avait été rétractée ou suspendue par la juridiction d'un autre État. Cette proposition n'a pas été soutenue.

"modifiée, rétractée ou suspendue"

85. Il a été proposé d'ajouter le mot "modifiée" après "suspendue" à des fins d'harmonisation avec le texte du paragraphe 4. Cette proposition n'a pas été appuyée car, une fois modifiée par le tribunal arbitral, la mesure provisoire initiale prenait fin explicitement ou implicitement et ne pouvait plus être reconnue ni être mise à exécution. Le Groupe de travail est néanmoins convenu de préciser, dans un texte explicatif qui accompagnerait l'article 17 *bis*, que le régime d'exécution prévu dans cet article s'appliquait à toute mesure provisoire, qu'elle ait été ou non modifiée par le tribunal arbitral.

Alinéa b)

Sous-alinéa i)

86. Le Groupe de travail a adopté le sous-alinéa i) de l'alinéa b) quant au fond sans modification.

Sous-alinéa ii)

87. Le Groupe de travail a adopté le sous-alinéa ii) de l'alinéa b) quant au fond sans modification.

Paragraphe 3

88. Il a été proposé de remplacer les mots "lorsqu'elle exerce ce pouvoir" par un libellé du type "lorsqu'elle prend sa décision", afin d'harmoniser la deuxième phrase du paragraphe avec la première, où il était question de la "décision prise par la juridiction étatique". Cette proposition a été adoptée sur le fond.

Paragraphe 4

89. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 sans modification quant au fond.

Paragraphe 5

90. Il a été proposé de remplacer les mots “ou lorsque” par “et lorsque” pour que la demande de constitution d’une garantie soit soumise aux deux conditions prévues au paragraphe 5 à la fois et non à l’une ou l’autre seulement. Cette proposition n’a pas été adoptée et le Groupe de travail a rappelé que l’intention était que le respect de l’une ou l’autre de ces conditions permette d’exiger la constitution d’une garantie.

91. À des fins d’harmonisation avec le paragraphe 4 de l’article 17, qui prévoyait la possibilité pour le tribunal arbitral d’exiger non seulement du demandeur mais aussi d’une autre partie qu’ils constituent une garantie, il a été proposé d’ajouter les mots “ou toute autre partie” après “le demandeur” au paragraphe 5. Cette proposition a été retirée pour les raisons exposées au paragraphe 70 ci-dessus.

Paragraphe 6

92. Il a été proposé d’abréger le paragraphe 6 pour tenir compte du principe (qu’il avait été convenu, a-t-on rappelé, d’intégrer au texte de compromis) selon lequel une juridiction étatique ne pouvait faire exécuter une injonction préliminaire, plutôt que de se référer à une mesure provisoire prononcée conformément à des règles sensiblement équivalentes à celles énoncées au paragraphe 7. Une autre solution proposée était que le paragraphe 6 dispose simplement que l’article 17 *bis* ne s’appliquait qu’aux mesures provisoires prises par un tribunal arbitral en vertu des paragraphes 1 à 6 du projet d’article 17. Il a été dit que cette solution respectait le principe d’après lequel les injonctions préliminaires lieraient les parties et qu’elle n’excluait pas l’application d’autres régimes d’exécution aux injonctions préliminaires. Toutefois, selon un autre point de vue, l’inclusion d’une disposition sur le caractère non exécutoire des injonctions préliminaires était malvenue dans l’article 17 *bis*, qui portait sur la reconnaissance et l’exécution des mesures provisoires. Il a donc été suggéré que cette question soit traitée dans un nouvel alinéa à insérer au paragraphe 7 du projet d’article 17. En outre, pour aborder le problème des mesures provisoires *ex parte* qu’une partie chercherait à faire exécuter dans un État ayant adopté la Loi type révisée, le nouveau paragraphe suivant pourrait être ajouté à la fin de l’article 17 *bis*: “les mesures provisoires prononcées *ex parte* ne sont pas exécutées”.

93. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 6 de l’article 17 *bis* et d’ajouter à la suite du paragraphe 7 du projet d’article 17 un nouveau paragraphe rédigé à peu près comme suit: “une injonction préliminaire prononcée en vertu de l’article 17-7 s’impose aux parties mais n’est pas susceptible d’exécution par un tribunal”. Ce libellé, a-t-on dit, avait le mérite de reconnaître qu’une injonction préliminaire ne pourrait pas être mise à exécution ni en vertu de la Loi type sur l’arbitrage ni sur aucun autre fondement et évitait l’emploi du terme “inexécutoire”, qui avait une autre connotation risquant d’affaiblir l’idée que l’injonction “s’impose” aux parties.

94. Différentes remarques ont été faites sur la rédaction de cette proposition. Il a été proposé de remplacer les mots “un tribunal” par “aucun tribunal” afin que la disposition s’applique à une injonction préliminaire que celle-ci soit prononcée par

un tribunal arbitral dans le ressort de la juridiction étatique devant laquelle l'exécution était recherchée ou par un tribunal arbitral dans tout autre ressort. Il a été répondu qu'une telle disposition risquait de poser des problèmes complexes de droit international privé et de n'avoir, dans les faits, qu'un effet très limité. On a aussi fait observer que l'expression "n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal" pourrait avoir une signification différente de "n'est pas exécutoire". En d'autres termes, cette modification pourrait être interprétée comme signifiant que les parties s'obligeaient à ne pas rechercher l'exécution de l'injonction préliminaire, mais que celle-ci, par nature, restait exécutoire. Il a été souligné que le caractère non exécutoire des injonctions préliminaires était un élément central du compromis qui devait être préservé.

95. On a exprimé la crainte que, telle qu'elle était rédigée, cette disposition ne dépasse le champ de compétence de la Loi type sur l'arbitrage, en ce qu'elle visait à réglementer des questions de procédure relevant des juridictions étatiques, et on a estimé peu probable que le paragraphe 6 puisse influer sur la compétence de ces juridictions. Il vaudrait mieux, a-t-on déclaré, omettre purement et simplement ce paragraphe, ce qui aurait toujours pour effet qu'une injonction préliminaire ne serait pas exécutoire. Un certain nombre de délégations ont déclaré qu'elles préféraient cette solution mais que, dans un souci de consensus et de communauté de vues entre tous les membres du Groupe de travail, elles étaient prêtes à accepter un libellé, dans le projet d'article 17-7 ou 17 *bis*-6 qui exclue expressément l'exécution d'une injonction préliminaire. Les faits montraient, a-t-on fait observer, que les parties à des conventions d'arbitrage hésitaient souvent à enfreindre les décisions d'un tribunal arbitral et qu'une série de problèmes pratiques se posaient dans l'élaboration de dispositions relatives à l'exécution d'une injonction préliminaire qui, en pratique, est censée avoir une durée de vie très courte ne pouvant, en tout état de cause, dépasser 20 jours. On a proposé, comme autre solution, d'insérer à l'article 17 *bis* une disposition précisant que "les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux injonctions préliminaires prononcées conformément au paragraphe 7 de l'article 17". Il a été dit que, par souci de clarté, il demeurait important d'insérer cette disposition expresse à l'article 17 *bis*. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition.

96. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 6 de l'article 17 *bis* et d'ajouter un nouveau paragraphe après le paragraphe 7 du projet d'article 17 libellé à peu près comme suit: "une injonction préliminaire prononcée en vertu de l'article 17-7 s'impose aux parties mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal".

Note se rapportant à l'article 17 *bis*

97. La note a été adoptée sur le fond par le Groupe de travail.

V. Projet de disposition concernant les mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type sur l'arbitrage en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)

98. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-deuxième session il avait procédé à un échange de vues sur un éventuel projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires conservatoires à l'appui d'un arbitrage (numéroté provisoirement 17 *ter*). Il a repris ses débats sur le projet d'article 17 *ter* en se fondant sur le texte contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.138.

99. On s'est inquiété de ce que le texte, tel qu'il était rédigé, ne donne à une juridiction étatique le pouvoir d'ordonner une mesure provisoire à l'appui d'un arbitrage que si ladite juridiction se trouvait dans le même pays que le lieu de l'arbitrage. Il a été dit que l'article 17 *ter* devait être élargi afin de tenir compte des cas où l'on demandait à une juridiction étatique d'ordonner une mesure provisoire dans le cadre d'un arbitrage qui avait lieu dans un autre pays. Il a été affirmé qu'il importait d'un point de vue pratique d'élargir le champ de l'article 17 *ter* afin de préciser qu'une mesure provisoire pouvait être accordée par une juridiction étatique dans un pays autre que celui du lieu de l'arbitrage. On a fait observer qu'il était fréquent, dans la pratique moderne de l'arbitrage international de chercher à sauvegarder des biens, de suivre un navire, de préserver des preuves ou de demander que des mesures soient prises dans un pays autre que celui où l'arbitrage avait lieu.

100. En vue de répondre à cette inquiétude, il a été proposé de modifier l'article 17 *ter* en ajoutant les mots "ayant lieu dans son pays ou dans un autre pays" après les mots "procédure d'arbitrage". Cette proposition a été appuyée.

101. On a noté que le paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage disposait ce qui suit: "Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État." On a en outre noté que, du fait qu'il était destiné à s'appliquer aux arbitrages ayant lieu dans un pays autre que celui de la juridiction étatique, l'article 17 *ter* devait être ajouté à la liste figurant au paragraphe 2 de l'article premier. On a rétorqué que ce paragraphe 2 définissait le champ d'application de la Loi type sur l'arbitrage et que le Groupe de travail n'avait pas été expressément prié par la Commission de se pencher sur la révision de cette partie de la Loi type. Il a été dit qu'on pouvait encore assurer la compatibilité entre l'article 17 *ter* et l'article 1-2 de la Loi type en ajoutant au début de l'article 17 *ter* les mots suivants: "Nonobstant le paragraphe 2 de l'article premier". Cette proposition a été appuyée.

102. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'adopter, quant au fond, la version révisée de l'article 17 *ter* ci-après: "La juridiction étatique dispose, pour prononcer des mesures provisoires aux fins d'une procédure d'arbitrage ayant lieu dans son pays ou dans un autre pays et en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure judiciaire et en

relation avec une telle procédure et elle exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international. Le présent article s'applique nonobstant les dispositions du paragraphe 2 de l'article premier".

103. Selon un avis, le projet d'article 17 *ter* ne réglait peut-être pas entièrement les problèmes qui pouvaient se poser en ce qui concerne la relation entre le pouvoir des juridictions étatiques et celui des tribunaux arbitraux de prononcer des mesures provisoires. On ne savait pas très bien si ces deux pouvoirs avaient la même étendue ou si le pouvoir des juridictions étatiques primait celui des tribunaux arbitraux. À cause de cette incertitude, les parties pourraient contrer le pouvoir des tribunaux arbitraux de prononcer des mesures provisoires en saisissant les juridictions étatiques pour obtenir ces mesures. Il a été proposé, pour mieux définir le rapport entre ces deux pouvoirs, de disposer dans l'article 17 *ter* qu'une juridiction étatique ne pouvait agir que dans les cas et dans la mesure où le tribunal arbitral n'avait pas pouvoir pour agir ou n'était pas en mesure d'agir efficacement, par exemple, si une mesure provisoire était nécessaire pour lier un tiers ou si le tribunal n'était pas encore constitué ou s'il n'avait pris qu'une injonction préliminaire. Le principe sur lequel était fondée cette proposition a reçu un certain soutien, mais il a été convenu que cette proposition avait des implications juridiques et pratiques importantes et soulevait des questions complexes que le Groupe de travail pourrait, s'il le souhaitait, examiner ultérieurement.

VI. Différentes possibilités de présentation des dispositions actuelles et des dispositions révisées dans la Loi type sur l'arbitrage

104. À sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail avait prié le secrétariat d'examiner la forme sous laquelle les dispositions actuelles et les dispositions révisées sur les mesures provisoires pourraient être présentées dans la Loi type et de proposer différentes solutions possibles qu'il examinerait à une prochaine session (A/CN.9/573, par. 99).

105. Le Groupe de travail est convenu de placer les dispositions des articles 17, 17 *bis* et 17 *ter* dans un nouveau chapitre, numéroté IV *bis*. Les vues ont divergé sur la question de savoir si le titre de ce nouveau chapitre devrait mentionner uniquement les "mesures provisoires" ou parler aussi des "injonctions préliminaires".

106. Il a été proposé de mettre le paragraphe 7 du projet d'article 17 sur les injonctions préliminaires dans un article distinct. Une autre suggestion était que l'on restructure les projets d'articles 17 et 17 *bis* en regroupant par articles les paragraphes consacrés à des questions similaires. Cette solution avait, a-t-on dit, l'avantage de préserver le style rédactionnel de la Loi type sur l'arbitrage et de présenter de façon plus logique les dispositions. Tout en exprimant la crainte que la restructuration des dispositions prenne beaucoup de temps, le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer une version révisée des projets d'articles 17 et 17 *bis* tenant compte de ces commentaires et il est convenu d'examiner cette présentation à sa prochaine session.

VII. Rapport du groupe de rédaction

107. Le Groupe de travail ayant achevé ses délibérations sur les projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter*, un groupe de rédaction a été constitué par le secrétariat pour appliquer les décisions du Groupe de travail et a assuré la concordance entre les différentes versions linguistiques du texte. Le rapport du groupe de rédaction, tel qu'adopté par le Groupe de travail, figure en annexe au présent rapport.

VIII. Élaboration d'une disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

108. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002) il avait examiné un projet de disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et avait délibéré à propos d'un projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York. Il est convenu de reprendre ses discussions sur l'élaboration de cette disposition législative type et a été saisi d'un texte ("projet d'article 7 révisé") préparé par le secrétariat sur la base des discussions qu'il avait eues à cette session (A/CN.9/508, par. 18 à 39). Il a également examiné une proposition présentée par une délégation sur cette question, reproduite dans le document A/CN.9/WG.II/WP.137 et modifiée par le document A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1 ("nouveau texte proposé").

109. Le nouveau texte proposé suggérait que l'exigence de forme écrite pour les conventions d'arbitrage soit supprimée du paragraphe 2 de l'article 7. Il a été dit que, si ce texte était adopté, la question de la conclusion de la convention d'arbitrage et de son contenu ne serait plus qu'une simple question de preuve. Il a été estimé que ce nouveau texte établissait un régime plus favorable pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales que celui prévu dans la Convention de New York et que, par conséquent, selon le "principe de la loi la plus favorable" prévu à l'article VII de cette convention, la Loi type sur l'arbitrage s'appliquerait en lieu et place de l'article II de la Convention. Il a été noté que, dans plusieurs pays qui avaient supprimé l'exigence de forme écrite pour les conventions d'arbitrage, les conventions d'arbitrage verbales étaient rarement utilisées et que leur validité n'avait pas donné lieu à des litiges importants.

110. Le nouveau texte proposé a été jugé utile pour mettre en évidence les problèmes soulevés par l'exigence de la forme écrite. Cependant, la suppression de cette exigence et de toute référence à l'"écrit" pourrait être source d'insécurité juridique. Il a été dit que le projet d'article 7 révisé contenait les exigences minimales, qui de l'avis du Groupe de travail devaient s'appliquer à la forme d'une convention d'arbitrage alors que le nouveau texte proposé allait bien plus loin en prévoyant aussi la reconnaissance de la validité des conventions d'arbitrage conclues oralement.

111. Il a été estimé qu'une promotion ou une reconnaissance trop large des conventions verbales risquait de donner lieu à des sentences qui seraient insusceptibles de reconnaissance et d'exécution dans le cadre de la Convention de New York au motif que la convention d'arbitrage servant de fondement à ces sentences ne satisfaisait pas à l'exigence de la forme écrite posée à l'article II-2 de

cette Convention. Un autre argument était que l'article VII de la Convention de New York mentionnait expressément les "sentences arbitrales", et qu'il n'était pas certain que cet article soit universellement interprété comme s'appliquant aux conventions d'arbitrage. Il a aussi été estimé que l'adoption d'un type très souple d'exigence de forme faisait pendant aux dispositions similaires qui existaient à propos des procédures judiciaires, par exemple à l'article 3 c) de la Convention sur les accords d'élection de for (adoptée le 30 juin 2005), lequel disposait qu'"un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement". Il a en outre été rappelé que la Commission avait récemment convenu d'inclure la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels s'appliquerait la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

112. Plusieurs ont estimé que le nouveau texte proposé et le projet d'article 7 révisé apportaient des réponses utiles aux préoccupations exprimées sur l'exigence de forme écrite. Il a été suggéré que l'un et l'autre soient présentés à la Commission comme deux variantes possibles. Toutefois, il a été dit que, comme les deux variantes avaient pour objet d'assouplir les exigences de forme, il serait possible de les concilier. Une manière de procéder était de modifier le paragraphe 2 du projet révisé en limitant l'exigence de forme au domaine de la preuve et non plus à celui de la validité et d'inclure un texte du type: "La convention d'arbitrage peut être constatée par écrit." Une autre proposition était d'amender le projet d'article 7 révisé afin qu'il reprenne le libellé de la Convention sur les accords d'élection de for proposé ci-dessus.

ANNEXE

Rapport du groupe de rédaction

Chapitre IV *bis*. Mesures provisoires et injonctions préliminaires

Projet d'article 17

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires.

2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

3. La partie demandant la mesure provisoire en vertu des alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. En ce qui concerne les demandes de mesures provisoires en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 2, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 3 ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

5. Le tribunal arbitral peut exiger que le demandeur constitue une garantie appropriée en rapport avec cette mesure provisoire.

6. Le demandeur signale sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal arbitral a accordé, la mesure provisoire.

7. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire qu'il a accordée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

8. Le demandeur est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

9. a) Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête en injonction préliminaire ordonnant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée;

b) Les dispositions des paragraphes 3, 4, 7 et 8 du présent article relatives aux mesures provisoires s'appliquent également à toute injonction préliminaire que le tribunal arbitral peut prononcer en vertu du présent paragraphe;

c) Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure. Cette injonction ne constitue pas une sentence;

d) Immédiatement après s'être prononcé sur une requête en injonction préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête en injonction préliminaire, l'injonction préliminaire

éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale;

e) Concomitamment, le tribunal arbitral donne à une partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments dès que possible;

f) Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'injonction préliminaire;

g) Une injonction préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie contre laquelle cette injonction est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments;

h) Le tribunal arbitral exige que le requérant constitue une garantie en rapport avec l'injonction préliminaire, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile;

i) Une partie qui requiert une injonction préliminaire signale au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir une injonction préliminaire et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'injonction a été requise ait eu la possibilité de présenter ses arguments. Par la suite, le requérant est tenu, en ce qui concerne l'injonction préliminaire, de la même obligation d'information que celle qui incombe à un demandeur en ce qui concerne une mesure provisoire en vertu du paragraphe 6;

j) Une injonction préliminaire prononcée conformément au présent paragraphe s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal.

Projet d'article 17 *bis*

1. Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur requête adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.

2. La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:

i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou

---

* Les conditions énoncées dans le présent article visent à limiter le nombre de cas où le tribunal peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre inférieur de motifs de refus.

ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou

iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

b) Si le tribunal constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

3. Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

4. La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure.

5. Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée, si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

Projet d'article 17 *ter*

Le tribunal dispose, pour prononcer des mesures provisoires aux fins d'une procédure d'arbitrage qui a son lieu dans le pays du tribunal ou dans un autre pays et en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure judiciaire et en relation avec une telle procédure et il exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international. Le présent article s'applique nonobstant les dispositions du paragraphe 2 de l'article premier.

B. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-troisième session

(A/CN.9/WG.II/WP.136) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-3	
I.	Projet de texte de la disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international	4	
II.	Remarques sur le projet de texte de la disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international	5-13	

Introduction

1. À sa trente-cinquième session (New York, 17-28 juin 2002), la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné, à sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002), un projet de disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("la Loi type") et avait délibéré à propos d'un projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[1] ("la Convention de New York")[2]. Elle a noté aussi que le Groupe de travail n'était pas parvenu à un consensus sur le point de savoir s'il fallait élaborer un protocole modifiant la Convention de New York ou un instrument l'interprétant, et que ces deux possibilités devaient rester ouvertes pour être ultérieurement réexaminées par lui ou par elle. La Commission a estimé que les États membres et les États observateurs qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient avoir suffisamment de temps pour procéder à des consultations sur ces importantes questions. Elle a jugé qu'il serait sans doute préférable à cette fin que le Groupe de travail repousse ses délibérations relatives à la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage.

2. À sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), la Commission a constaté que le Groupe de travail devait encore achever ses travaux sur l'exigence d'un écrit pour la convention d'arbitrage énoncée à l'article 7-2 de la Loi type et à l'article II-2 de la Convention de New York[3]. À sa quarante-deuxième session (New York, 10-14 janvier 2005), le Groupe de travail est convenu de reprendre ses

---

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

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 183.

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

débats sur la question à ses deux prochaines sessions, afin de présenter une disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type, pour adoption par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006 (A/CN.9/573, par. 98).

3. La présente note a été élaborée à partir des discussions que le Groupe de travail a tenues à sa trente-sixième session à propos de l'élaboration d'une disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage modifiant l'article 7 de la Loi type (A/CN.9/508, par. 18 à 39)[4].

I. Projet de texte de la disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se fonder sur le texte révisé ci-après pour ses délibérations:

"Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

---

[4] Il est rendu compte des précédents débats sur la question dans les documents ci-après publiés par la CNUDCI:

- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004): *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 59;
- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 17-28 juin 2002): *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 182 et 183;
- Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002): A/CN.9/508, par. 18 à 39;
- Document de travail A/CN.9/WG.II/WP.118 (février 2002, par. 8 à 24);
- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001): *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 312 et 313;
- Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-quatrième session (New York, 21 mai-1er juin 2001): A/CN.9/487, par. 22 à 41;
- Document de travail A/CN.9/WG.II/WP.113 (mars 2001);
- Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-troisième session (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000): A/CN.9/485, par. 21 à 59;
- Document de travail A/CN.9/WG.II/WP.110 (septembre 2000, par. 10 à 26);
- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000): *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 389 à 399;
- Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000): A/CN.9/468, par. 88 à 106;
- Document de travail A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 (janvier 2000, par. 1 à 40);
- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-deuxième session (17 mai-4 juin 1999): *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 344 à 350;
- Note sur les travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international: A/CN.9/460 (avril 1999, par. 20 à 31).

Ces documents peuvent également être consultés sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org) sous "Groupes de travail" puis "Arbitrage international et conciliation".

1. Une ‘convention d’arbitrage’ est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l’arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s’élever entre elles au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d’arbitrage peut prendre la forme d’une clause compromissoire dans un contrat ou d’une convention séparée.

2. La convention d’arbitrage doit revêtir la forme écrite. Le terme ‘forme écrite’ désigne toute forme, y compris, sans s’y limiter, un message de données, qui fournit une trace écrite de la convention d’arbitrage ou qui est d’une autre manière accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Le terme ‘message de données’ désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.

4. En outre, une convention d’arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l’existence d’une telle convention est alléguée par une partie et n’est pas contestée par l’autre.

5. Afin d’éviter tout doute, la référence dans un contrat ou dans une convention d’arbitrage séparée à un écrit contenant une clause compromissoire vaut convention d’arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu’elle fasse de la clause une partie du contrat ou de la convention d’arbitrage séparée, même si le contrat ou la convention d’arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d’un comportement ou par d’autres moyens sous forme non écrite. Dans un tel cas, l’écrit contenant la clause compromissoire vaut la convention d’arbitrage aux fins de l’article 35”.

II. Remarques sur le projet de texte de la disposition législative type sur la forme écrite de la convention d’arbitrage, modifiant l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international

Paragraphe 1

5. Le paragraphe 1 reprend tel quel le texte du paragraphe 1 de l’article 7 de la Loi type. Le Groupe de travail l’a approuvé sur le fond, en notant que la disposition en elle-même ne prêtait pas à controverse (A/CN.9/508, par. 20).

Paragraphe 2

6. Les observations portant sur la forme ont concerné essentiellement le remaniement de la disposition de façon qu’il ressorte sans la moindre ambiguïté que les conventions d’arbitrage pouvaient être valablement conclues autrement que sous la forme de documents papier, par exemple au moyen de communications électroniques (A/CN.9/508, par. 21). Selon l’opinion qui a prévalu, il importait de combiner la notion traditionnelle de “trace écrite” (“record”) et la notion plus nouvelle de “message de données” (telle que définie à l’article 2 a) de la Loi type de

la CNUDCI sur le commerce électronique) afin qu'il ressorte clairement qu'une trace écrite autre qu'un document papier traditionnel pouvait aussi servir à attester l'existence d'une convention d'arbitrage (A/CN.9/508, par. 23).

7. Le Groupe de travail est également convenu qu'il était nécessaire de conserver le membre de phrase "accessible pour être consultée ultérieurement" (tiré de l'article 6-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) afin d'énoncer les conditions dans lesquelles tout message, y compris un message de données, pouvait satisfaire à l'exigence de la forme écrite posée par la loi (A/CN.9/508, par. 24).

8. Le paragraphe 2 a donc été remanié conformément à ce que le Groupe de travail avait convenu (A/CN.9/508, par. 25).

Paragraphe 3

9. Le terme "message de données" étant employé au paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu de conserver la définition de ce terme (A/CN.9/508, par. 26), qui reprend l'article 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

Paragraphe 4 (ancien paragraphe 5 du projet de disposition législative type figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/508)

10. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 4 en dépit de quelques réserves exprimées, selon lesquelles celui-ci semblait prêter à confusion et traitait d'une question déjà abordée par les articles 4 et 16-2 de la Loi type (A/CN.9/508, par. 32 et 33). Le projet de paragraphe 4 a été jugé nécessaire puisque l'article 4 de la Loi type, en raison de l'étroitesse de sa portée, ne pouvait être interprété comme permettant de présumer de manière absolue l'existence d'une convention d'arbitrage, à partir de l'échange de conclusions en demande et en réponse, en l'absence de preuve tangible de cette convention (A/CN.9/508, par. 34).

Paragraphe 5 (ancien paragraphe 6 du projet de disposition législative type figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/508)

11. Il est rappelé que l'un des principaux objectifs d'une révision de l'article 7 de la Loi type est de reconnaître la validité formelle des conventions d'arbitrage qui prennent naissance dans certaines situations de fait pour lesquelles la question de savoir si ces conventions satisfont à la condition de forme énoncée dans le texte actuel du paragraphe 2 de cet article reçoit des réponses différentes selon les tribunaux ou les commentateurs. Le Groupe de travail est convenu qu'une convention d'arbitrage purement orale ne devrait pas être considérée comme formellement valable au regard de la Loi type (A/CN.9/508, par. 27). Il a été également convenu que, sur le plan des principes, la référence à un document contractuel écrit contenant une clause compromissoire, ou un autre lien avec un tel document, devrait suffire à établir la validité formelle de la convention d'arbitrage (ibid.). On a cité, à titre d'exemple, des cas où une référence dans un contrat oral à un règlement d'arbitrage devait être considérée comme suffisant à constater l'existence et le contenu de la convention d'arbitrage, en particulier lorsque le règlement d'arbitrage comportait une clause compromissoire type (ibid.). Pour tenir compte de l'objection selon laquelle la simple référence dans un contrat oral à un

règlement d'arbitrage ne devrait pas toujours être considérée comme suffisante pour satisfaire à l'exigence de la forme écrite, puisqu'une série de règles de procédure ne saurait à elle seule équivaloir à un document contractuel contenant une clause compromissoire (ibid.), le Groupe de travail est convenu d'énoncer une condition, qui oblige à se reporter à la loi interne ou à une autre loi applicable pour déterminer si la référence est telle qu'elle fait de la clause une partie du contrat ou de la convention d'arbitrage séparée, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite.

12. Le Groupe de travail est donc convenu de supprimer le paragraphe 4 du projet de disposition législative type figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/508 et de remanier le paragraphe 5 de manière à mieux refléter les principes généraux posés ci-dessus (A/CN.9/508, par. 31). Il est rappelé que le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 7 du projet de disposition législative type figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/508 et d'ajouter, à la place, une phrase supplémentaire à la fin du paragraphe 5 pour bien préciser que l'écrit contenant la clause compromissoire, mentionné dans ce paragraphe 5, vaut convention d'arbitrage aux fins de l'article 35 de la Loi type. Il a été dit également que cette phrase était compatible avec la Convention de New York (A/CN.9/508, par. 39).

A/CN.9/WG.II/WP.137

C. Règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, proposition du Mexique, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-troisième session

(A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1) [Original: espagnol]

Note du secrétariat

En vue de la quarante-troisième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), au cours de laquelle ce dernier devrait poursuivre l'examen du projet de texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir le paragraphe 98 du rapport de la quarante-deuxième session, publié sous la cote A/CN.9/573), le Gouvernement mexicain a, le 15 février 2005, communiqué un projet de texte révisé de l'article 7 pour examen par le Groupe de travail. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte proposé tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

Proposition du Gouvernement mexicain concernant la forme écrite des conventions d'arbitrage à l'intention du Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial

I. Introduction

I.1. Selon la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), la convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

I.2. La forme écrite est requise à diverses fins:

i) Pour que la convention d'arbitrage soit valide (art. II, par. 1 et 2, de la Convention de New York);

ii) Pour qu'un tribunal saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage puisse renvoyer les parties à l'arbitrage (art. II, par. 3, de la Convention de New York); et

iii) Pour pouvoir satisfaire à l'obligation absolue de fournir la convention d'arbitrage lorsque l'on demande à un tribunal ou à une autorité compétente la reconnaissance et l'exécution d'une sentence (art. IV, par. 1, de la Convention de New York).

I.3. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international contient, à ses articles 7, 8 (par. 1) et 35, des dispositions analogues à celles de la Convention de New York, à cette différence près qu'elle donne une définition plus large de l'expression "sous forme écrite".

I.4. La CNUDCI a identifié différentes pratiques actuelles qui ne cadrent pas avec la définition littérale de la “forme écrite” figurant dans la Convention de New York ou la Loi type (voir A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1).

I.5. En outre, les conventions d’arbitrage sont parfois conclues par des moyens électroniques.

I.6. Certains tribunaux, faisant une interprétation souple de la Convention de New York et de la Loi type, ont estimé que l’exigence de la forme écrite était dans ces cas satisfaite. D’autres, moins nombreux semble-t-il, ont tranché dans le sens inverse.

I.7. La Commission a chargé le Groupe de travail sur l’arbitrage d’étudier la possibilité de résoudre les problèmes que soulevaient ces pratiques, qui étaient sources d’incertitude. Une application littérale de la Convention de New York et de la Loi type risquerait, par excès de formalisme, de décevoir les attentes légitimes des parties.

I.8. Le Groupe de travail est globalement d’avis qu’il n’est pas souhaitable de modifier la Convention de New York, ce qui poserait plus de problèmes que cela n’en résoudrait:

i) Cela générerait des incertitudes au sujet de conventions dont il n’est pas certain qu’elles satisfont l’exigence de la forme écrite;

ii) Cela prendrait beaucoup de temps, et la ratification ou l’adhésion par les pays (134 sont à ce jour parties à la Convention de New York) en prendrait bien davantage encore.

I.9. Le Groupe de travail a élaboré un projet de déclaration incitant les tribunaux et les autorités à faire une interprétation souple de la Convention de New York (voir A/CN.9/487, par. 63).

I.10. S’agissant de la Loi type, le Groupe de travail a élaboré un projet de texte modifié de l’article 7 (voir A/CN.9/487, par. 22 à 41).

I.11. Il n’en reste pas moins qu’au sein du Groupe de travail beaucoup sont d’avis qu’aucun de ces projets n’est satisfaisant. On estime que la déclaration interprétative concernant la Convention de New York n’aurait pas force obligatoire, et certains pensent, s’agissant de la Loi type, que le projet de définition considère comme écrit ce qui ne l’est manifestement pas.

I.12. Le Groupe de travail a interrompu ses délibérations pour finaliser la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et le projet relatif aux mesures provisoires dans le cadre de l’arbitrage. À sa prochaine session, qui devrait normalement se tenir en octobre 2005 à Vienne, il devrait reprendre son examen de la question de la forme écrite.

II. Motifs de la proposition

II.1. L’arbitrage est de nos jours mieux accepté qu’à l’époque où la Convention de New York et la Loi type ont été négociées. La prescription de la forme écrite est, pour beaucoup, une exigence purement formelle qui n’a plus lieu d’être. Ce formalisme risque de décevoir les attentes légitimes des autres parties. La

prescription de forme est plus restrictive dans le cas d'une convention d'arbitrage que dans celui de contrats commerciaux: s'il est possible de conclure verbalement un contrat d'une valeur de 100 millions de dollars, la convention d'arbitrage relative à ce contrat devra, elle, se présenter sous forme écrite. Certains pays n'exigent déjà plus que la convention d'arbitrage se présente sous forme écrite[5]. D'autres en donnent une définition si large que, de fait, cette exigence disparaît[6].

II.2. Le Gouvernement mexicain propose par conséquent de supprimer de la Loi type la prescription de la forme écrite de la convention d'arbitrage. Si cette modification était adoptée, la question relative à la conclusion et au contenu de la convention d'arbitrage deviendrait une question de preuve.

II.3. Dans les pays qui adopteraient cette modification à la Loi type, le problème de la validité juridique de la convention d'arbitrage ne se poserait plus. Quant au problème de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, il serait réglé par application du principe du régime le plus favorable prévu à l'article VII de la Convention de New York, du fait qu'il ne serait plus nécessaire de fournir la convention d'arbitrage.

III. Proposition

A. Article 7. Définition de la convention d'arbitrage[7]

Il est proposé de supprimer toute référence à la forme écrite, de sorte que l'article se lise comme suit:

> "Une 'convention d'arbitrage' est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. [Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.][8]"

B. Article 35. Reconnaissance et exécution

Il est proposé de modifier le paragraphe 2 de l'article 35 de manière à supprimer la prescription de forme de la convention d'arbitrage et à formuler le texte comme suit:

---

[5] Ainsi, la Belgique, la France, l'Italie, les Pays-Bas, la Suède et la Suisse ont supprimé la prescription de la forme écrite en n'imposant aucune exigence de forme pour la convention d'arbitrage.

[6] En Angleterre, par exemple, la "forme écrite" comprend les accords passés oralement (voir *Zambia Steel c. James Clark*, Court of Appeal [1986], 2 Lloyd's Rep. 225, et *Abdullah M. Fahem c. Mareb Yemen Insurance and Tomen*, Queen's Bench Reports [1997], 2 Lloyd's Rep. 738, Yearbook of Commercial Arbitration, 1998, p. 789).

[7] Le texte proposé ici se substituerait au projet d'article 7 envisagé par le Groupe de travail (voir A/CN.9/508).

[8] La deuxième phrase est proposée entre crochets parce qu'elle pourrait s'avérer superflue du fait que la première prévoit la possibilité de soumettre à la convention d'arbitrage les différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre les parties. Il n'y a plus lieu de faire la différence entre "clause compromissoire" et "convention d'arbitrage".

"2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence n'est pas rédigée en espagnol, la partie en produira une traduction dans cette langue faite par un traducteur officiel."

A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1

Modification de la proposition du Mexique

ADDITIF

Note du secrétariat

En vue de la quarante-troisième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), au cours de laquelle ce dernier devrait poursuivre l'examen du projet de texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir par. 98 du rapport de la quarante-deuxième session, publié sous la cote A/CN.9/573), le Gouvernement mexicain a, le 15 février 2005, communiqué un projet de texte révisé de l'article 7 pour examen par le Groupe de travail. Ce projet a été publié sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.137. Le 31 août 2005, le Gouvernement mexicain en a proposé une version modifiée; on trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte modifié tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

Modification de la proposition du Gouvernement mexicain concernant la forme écrite des conventions d'arbitrage à l'intention du Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial

La Mission permanente du Mexique a l'honneur de communiquer au secrétariat de la Commission une modification au texte du paragraphe 2 de l'article 35 précédemment proposé par le Gouvernement selon laquelle il faudrait remplacer: "Si ladite sentence n'est pas rédigée en espagnol, la partie en produira une traduction dans cette langue faite par un traducteur officiel" par "*Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue.*"

Comme il ressort à la lecture, cette nouvelle formulation est de caractère plus général que la précédente, et la Mission permanente du Mexique prie le secrétariat de la porter à la connaissance des États Membres de la CNUDCI et de lui faire part de la publication du texte modifié.

D. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-troisième session

(A/CN.9/WG.II/WP.138) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-4	
I.	Projet d'article 17 de la Loi type relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires	5-50	
	A. Texte du projet d'article 17	5	
	B. Notes sur le projet d'article 17	6-50	
II.	Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)	51-62	
	A. Texte du projet d'article 17 *bis*	51	
	B. Notes sur le projet d'article 17 *bis*	52-62	
III.	Projet de disposition concernant les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)	63-64	
	A. Texte du projet d'article 17 *ter*	63	
	B. Notes sur le projet d'article 17 *ter*	64	
IV.	Différentes possibilités de présentation des dispositions actuelles et des dispositions révisées dans la Loi type	65-74	
	A. Structure des dispositions révisées	67-68	
	B. Emplacement des dispositions révisées dans la Loi type	69-73	
	C. Texte explicatif	74	

Introduction

1. À sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004), le Groupe de travail a examiné le projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (ci-après "la Loi type") relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, dont le texte figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.128, et a étudié plusieurs propositions de modification de ce texte. Une version révisée du projet d'article 17, qui tient compte de ses discussions et décisions à cette session, figure au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.II/WP.131. À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a pris

acte d'un texte proposé par une délégation comme variante possible du projet (A/CN.9/569, par. 22)[1].

2. À ses quarante et unième (Vienne, 13-17 septembre 2004) et quarante-deuxième (New York, 10-14 janvier 2005) sessions, le Groupe de travail a examiné le paragraphe 7 du projet d'article 17 relatif aux injonctions préliminaires, en se fondant sur des textes établis par le secrétariat (qui sont reproduits dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.131, par. 4, et A/CN.9/WG.II/WP.134, respectivement). Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà débattu ce paragraphe[2]. Il a été noté que la Commission, à sa trente-septième session (New York, 14-25 juin 2004), avait exprimé l'espoir qu'il parviendrait à un consensus sur ce point à sa prochaine session (A/59/17, par. 58). À sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005), la Commission a noté que, malgré d'importantes divergences d'opinions, le Groupe de travail était convenu, à sa quarante-deuxième session, d'insérer un texte de compromis du projet révisé de paragraphe 7 dans le projet d'article 17. Elle a émis des doutes quant à l'utilité du texte de compromis proposé, en particulier compte tenu du fait qu'il ne prévoyait pas l'exécution des injonctions préliminaires. On a également craint que l'insertion d'une telle disposition ne soit contraire au principe de l'égalité d'accès des parties au tribunal arbitral et n'expose le texte révisé de la Loi type à la critique (A/60/17, par. 175). En ce qui concerne la structure du projet d'article 17, il a été proposé de traiter la question des injonctions préliminaires dans un article distinct afin de faciliter l'adoption du projet d'article 17 par les États qui ne souhaitaient pas adopter de dispositions relatives à ce type d'injonction (A/60/17, par. 176).

3. À sa quarante-deuxième session (New York, 10-14 janvier 2005), le Groupe de travail a examiné un projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (numéroté provisoirement 17 *bis*), qui figurait au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.131[3]. Il a également procédé à un échange de vues sur un éventuel projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (numéroté provisoirement 17 *ter*), en se fondant sur des variantes reproduites au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.II/WP.125[4].

4. Pour faciliter la reprise des débats, le secrétariat présente les versions nouvellement révisées des projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter* de la Loi type,

---

[1] Pour les discussions antérieures sur le projet d'article 17, voir A/CN.9/545, par. 19 à 92; A/CN.9/523, par. 15 à 76; A/CN.9/508, par. 51 à 94; A/CN.9/487, par. 64 à 87; A/CN.9/485, par. 78 à 106; A/CN.9/468, par. 60 à 87.

[2] Pour les discussions antérieures sur le paragraphe 7 du projet d'article 17, voir A/CN.9/569, par. 12 à 72; A/CN.9/547, par. 109 à 116; A/CN.9/545, par. 49 à 92; A/CN.9/523, par. 15 à 76; A/CN.9/508, par. 77 à 79; A/CN.9/487, par. 69 à 76; A/CN.9/485, par. 89 à 94; A/CN.9/468, par. 70.

[3] Pour les discussions antérieures sur le projet d'article 17 *bis*, voir A/CN.9/545, par. 93 à 112; A/CN.9/524, par. 16 à 75; A/CN.9/523, par. 78 à 80; A/CN.9/487, par. 76 à 87; A/CN.9/485, par. 78 à 103; A/CN.9/468, par. 60 à 79.

[4] Pour les discussions antérieures sur le projet d'article 17 *ter*, voir A/CN.9/524, par. 76 à 78; A/CN.9/523, par. 77; A/CN.9/WG.II/WP.125, par. 44; A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 19 à 33, 37 à 40, 44 à 48 et 75 à 82.

respectivement dans les parties I, II et III ci-après. Dans la partie IV, il propose au Groupe de travail pour examen, comme celui-ci l'avait demandé à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/573, par. 99), diverses possibilités de présentation des dispositions actuelles et des dispositions révisées dans la Loi type.

Partie I – Projet d'article 17 de la Loi type relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires

A. Texte du projet d'article 17

5. On trouvera ci-après une version nouvellement révisée du projet d'article 17 de la Loi type (ci-après "le projet d'article 17"). Les paragraphes 1 à 6 *bis* du projet se fondent sur les discussions et décisions du Groupe de travail à sa quarantième session (A/CN.9/547, par. 68 à 116). Le paragraphe 7 se fonde quant à lui sur ses discussions et décisions à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/573, par. 11 à 69):

"1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le *statu quo* en attendant que le litige ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice [, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même];

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

3. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. Le tribunal arbitral peut exiger que le demandeur ou toute autre partie constitue une garantie appropriée en rapport avec une telle mesure provisoire ou conservatoire.

5. Le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal arbitral a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire.

6. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire qu'il a accordée, à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition de le notifier préalablement aux parties.

6 *bis*) Le demandeur est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure.

7 a) Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à l'autre partie, une demande de mesure provisoire ou conservatoire ainsi qu'une demande d'injonction préliminaire ordonnant à cette autre partie de ne pas compromettre la mesure provisoire ou conservatoire demandée;

b) Les dispositions des paragraphes 3, 5, 6 et 6 *bis* du présent article relatives aux mesures provisoires s'appliquent également à toute injonction préliminaire que le tribunal arbitral peut prononcer en vertu du présent paragraphe;

c) Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire à condition qu'il considère qu'il existe des craintes raisonnables de voir la mesure provisoire ou conservatoire demandée compromise lorsque sa divulgation préalable à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de la compromettre;

d) Immédiatement après avoir pris une décision concernant une demande d'injonction préliminaire, le tribunal arbitral notifie à la partie contre laquelle l'injonction est requise la demande de mesure provisoire ou conservatoire, la demande d'injonction préliminaire, l'injonction préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale;

e) Concomitamment, le tribunal arbitral donne à la partie visée par l'injonction préliminaire la possibilité de présenter ses arguments dès que possible. Il se prononce aussi rapidement que nécessaire compte tenu des circonstances;

f) Une injonction préliminaire rendue en vertu du présent paragraphe expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire qui adopte ou modifie l'injonction préliminaire, après que la

partie visée par cette injonction a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments;

g) Le tribunal arbitral exige du demandeur qu'il constitue une garantie en rapport avec l'injonction préliminaire, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile;

h) Tant que la partie contre laquelle l'injonction préliminaire a été demandée n'a pas présenté ses arguments, le demandeur a l'obligation continue de divulguer au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou non une injonction préliminaire."

B. Notes sur le projet d'article 17

Paragraphe 1

6. À sa quarantième session, le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 1 tel qu'il figure au paragraphe 68 du document A/CN.9/547 (A/CN.9/547, par. 69)[5].

7. À la quarante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/569, par. 22), il a été proposé d'ajouter les mots "ou les modifier" à la fin du paragraphe 1 qui serait alors libellé comme suit:

"Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires ou les modifier."

Cette proposition n'a pas été débattue par le Groupe de travail.

Paragraphe 2[6]

Chapeau – "qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme"

8. Après avoir discuté de la forme sous laquelle une mesure provisoire pouvait être prononcée par un tribunal arbitral, le Groupe de travail a rappelé sa décision de ne pas modifier le chapeau du paragraphe 2 (A/CN.9/547, par. 70 à 72). Il est convenu que tout texte explicatif qui serait élaboré ultérieurement, éventuellement sous la forme d'un guide pour l'incorporation du projet d'article 17, devrait indiquer clairement que le libellé utilisé pour décrire la forme sous laquelle une mesure provisoire pouvait être prononcée ne devait pas être interprété à tort comme une prise de position sur la question controversée de savoir si une mesure provisoire prononcée sous forme d'une sentence serait ou non exécutoire en vertu de la Convention de New York (A/CN.9/547, par. 72)[7].

---

[5] A/CN.9/569, par. 22; A/CN.9/545, par. 20; A/CN.9/523, par. 34; A/CN.9/508, par. 52 à 54.
[6] A/CN.9/545, par. 21 à 27; A/CN.9/523, par. 35 à 38; A/CN.9/508, par. 64 à 76.
[7] A/CN.9/523, par. 36; A/CN.9/508, par. 65 à 68.

Alinéa a)

9. L'alinéa a) est reproduit tel qu'il figurait au paragraphe 68 du document A/CN.9/547.

Alinéa b) – Injonctions antipoursuites (Anti-suit injunctions)

10. L'alinéa b) reflète la décision du Groupe de travail selon laquelle il faudrait, par souci de clarté, conférer expressément aux tribunaux arbitraux le pouvoir de prononcer des injonctions antipoursuites et, à cette fin, ajouter les mots "ou porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même" à la fin de l'alinéa. Notant que les incidences de l'amendement proposé n'avaient pas été examinées dans leur intégralité, le Groupe de travail est convenu d'insérer cette proposition entre crochets afin de l'étudier plus avant lors d'une prochaine session (A/CN.9/547, par. 83).

Alinéa c) – [préliminaire]; [garantir] – [sauvegarder]

11. Le mot "préliminaire" a été supprimé au motif qu'il prêtait à confusion et qu'il n'ajoutait rien au sens de la disposition (A/CN.9/547, par. 73; pour une discussion antérieure sur ce point, voir A/CN.9/545, par. 26) et le mot "sauvegarder" a été conservé de préférence à "garantir", car il a été estimé que ce dernier pouvait être interprété de façon restrictive comme un moyen particulier de protéger des biens (A/CN.9/547, par. 74)[8].

Alinéa d)

12. L'alinéa d) est reproduit tel qu'il figurait au paragraphe 68 du document A/CN.9/547.

Paragraphe 3[9]

Alinéa a) – Relation avec le paragraphe 2

13. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si les obligations générales énoncées au paragraphe 3 s'appliquent ou non de façon adéquate à tous les types de mesures provisoires énumérées au paragraphe 2. Il est rappelé qu'à sa quarantième session on avait, par exemple, jugé inapproprié d'exiger dans tous les cas qu'une partie demandant une mesure provisoire pour sauvegarder des éléments de preuve, conformément au paragraphe 2 d) démontre nécessairement qu'un préjudice exceptionnel serait causé si la mesure n'était pas ordonnée, ou d'exiger de cette partie qu'elle satisfasse plus généralement au seuil très élevé établi au paragraphe 3 (A/CN.9/547, par. 91).

14. À la quarante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/569, par. 22), il a été proposé d'ajouter au début du texte du paragraphe 3 les mots "Excepté en ce qui concerne la mesure visée à l'alinéa d) du paragraphe 2", de sorte que le chapeau du paragraphe serait libellé comme suit:

---

[8] A/CN.9/545, par. 26.

[9] A/CN.9/569, par. 22; A/CN.9/545, par. 28 à 32; A/CN.9/523, par. 39 à 44; A/CN.9/508, par. 55 à 58.

> "Excepté en ce qui concerne la mesure visée à l'alinéa d) du paragraphe 2, la partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral:"

Cette proposition n'a pas été débattue par le Groupe de travail.

Alinéa a) – Relation avec le paragraphe 2 b)

15. Selon un avis exprimé à la quarantième session du Groupe de travail, la référence au "préjudice", à l'alinéa a) du paragraphe 3, pouvait créer une confusion avec les mots "immédiatement ou sous peu un préjudice" figurant à l'alinéa b) du paragraphe 2, et les critères énoncés au paragraphe 3 risqueraient alors d'être interprétés comme s'appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l'alinéa b) du paragraphe 2 (A/CN.9/547, par. 90). On estime toutefois que la définition large des mesures provisoires qui figure au paragraphe 2 n'est pas en contradiction avec le fait que le demandeur doit présenter des éléments de preuve attestant d'un "préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts" (voir A/CN.9/WG.II/WP.123, par. 15)[10].

Alinéa a) – "Préjudice irréparable"

16. L'alinéa a) est conforme à la proposition du Groupe de travail de remplacer le terme "préjudice irréparable" par "préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts" (A/CN.9/547, par. 89). On a fait valoir que cette proposition répondait aux craintes selon lesquelles un préjudice irréparable pourrait constituer un seuil trop élevé et qu'elle ferait apparaître plus clairement le pouvoir d'appréciation dont disposait le tribunal arbitral pour se prononcer sur l'octroi d'une mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 84 à 89)[11]. À sa quarantième session, le Groupe de travail s'est inquiété de ce que cette disposition puisse être interprétée d'une manière très restrictive, qui exclurait potentiellement du champ des mesures provisoires tout préjudice susceptible d'être réparé par l'octroi de dommages-intérêts. Il a également noté que, dans la pratique actuelle, il n'était pas rare qu'un tribunal arbitral ne prononce une mesure provisoire que dans des cas où il serait relativement compliqué de réparer le préjudice par des dommages-intérêts. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant si les mots "de façon adéquate" répondent à ces préoccupations ou s'il faudrait préciser, dans un texte explicatif accompagnant le paragraphe 3, qu'on devrait interpréter celui-ci de manière souple en veillant à comparer la gravité du préjudice subi par le demandeur si la mesure provisoire n'était pas accordée avec celle du préjudice subi par la partie s'opposant à la mesure si celle-ci l'était.

Alinéa b)

17. L'alinéa b) est reproduit tel qu'il figurait au paragraphe 68 du document A/CN.9/547[12].

---

[10] A/CN.9/523, par. 42.
[11] A/CN.9/545, par. 29, et A/CN.9/508, par. 56.
[12] A/CN.9/545, par. 31 et 32.

Paragraphe 4[13]

18. Le paragraphe 4 tient compte de la proposition faite par le Groupe de travail à sa quarantième session de ne pas considérer la constitution d'une garantie comme une condition suspensive de l'octroi d'une mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 92), mais plutôt de voir ce paragraphe comme une disposition indépendante autorisant le tribunal à ordonner une telle constitution à tout moment pendant la procédure ou comme limitant la décision d'ordonner la constitution d'une garantie uniquement au moment de la présentation de la demande (A/CN.9/547, par. 94).

"en rapport avec"

19. Le Groupe de travail a précisé que, selon lui, au paragraphe 4 tel qu'adopté, l'expression "en rapport avec" devrait être interprétée de façon étroite de manière que le sort de la mesure provisoire soit lié à la constitution d'une garantie (A/CN.9/547, par. 94).

"ou"

20. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer que l'emploi du mot "ou" était plus approprié que le mot "et" pour indiquer que le tribunal arbitral pouvait faire obligation soit au demandeur, soit à toute autre partie de constituer une garantie appropriée (A/CN.9/547, par. 95).

Paragraphe 5[14]

21. À la quarante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/569, par. 22), il a été proposé d'ajouter au début du paragraphe 5 les mots "Si le tribunal arbitral le lui ordonne", de sorte que le paragraphe serait libellé comme suit:

> "Si le tribunal arbitral le lui ordonne, le demandeur divulgue sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire."

Cette proposition n'a pas été débattue par le Groupe de travail.

Obligation d'information

22. Le paragraphe 5 reflète la décision du Groupe de travail d'exprimer l'obligation d'information de façon plus neutre pour éviter que ce paragraphe ne soit interprété comme excluant l'obligation prévue à l'article 24-3 de la Loi type (A/CN.9/547, par. 97 et 98)[15].

Sanction pour non-respect

23. À sa quarantième session, le Groupe de travail est convenu qu'il était inutile d'inclure expressément une sanction au paragraphe 5, ou au paragraphe 6 en cas de non-respect de l'obligation de divulguer tout changement important des circonstances, car, en tout état de cause, la sanction habituelle, en cas du non-

---

[13] A/CN.9/545, par. 33 et 34; A/CN.9/523, par. 45 à 48; A/CN.9/508, par. 59 à 63.
[14] A/CN.9/545, par. 44 à 48; A/CN.9/523, par. 49.
[15] A/CN.9/454, par. 45.

respect de cette obligation, était soit la suspension ou l'annulation de la mesure, soit l'octroi de dommages-intérêts (A/CN.9/547, par. 99 et 100)[16].

Paragraphe 6[17]

"qu'il a accordée"

24. Les mots "qu'il a accordée" ont été conservés sans crochets, pour montrer que le tribunal arbitral peut modifier ou annuler uniquement la mesure provisoire qu'il a lui-même prononcée (A/CN.9/547, par. 102 à 104).

25. À la quarante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/569, par. 22), il a aussi été proposé de supprimer le paragraphe 6, mais cette proposition n'a pas été débattue.

Paragraphe 6 *bis*

26. Afin de faciliter les délibérations sur le paragraphe 6 *bis*, le secrétariat avait établi une note (A/CN.9/WG.II/WP.127) contenant des informations communiquées par les États à propos des régimes de responsabilité prévus dans leur législation interne pour les mesures provisoires ou conservatoires. Il a été fait observer que les lois nationales décrites dans la note en question appliquaient le même régime de responsabilité aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*. Pour cette raison, il a été suggéré que les crochets entourant le paragraphe soient supprimés et que le Groupe de travail examine les améliorations pouvant être apportées au texte (A/CN.9/547, par. 105)[18].

27. Le paragraphe 6 *bis* contient la proposition adoptée par le Groupe de travail à sa quarantième session (A/CN.9/547, par. 106 à 108) et reflète son point de vue selon lequel la décision finale sur le fond ne devait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non.

28. Il a également été convenu que tout texte explicatif accompagnant le paragraphe 6 *bis* devrait préciser que le mot "procédure" figurant dans ce paragraphe désignait la procédure arbitrale et non la procédure relative à la mesure provisoire (A/CN.9/547, par. 108).

29. À la quarante et unième session du Groupe de travail (A/CN.9/569, par. 22), il a été proposé de remplacer les mots "la mesure n'aurait pas dû être accordée" à la fin de la première phrase du paragraphe 6 *bis* par les mots "la mesure était injustifiée", de sorte que le paragraphe serait libellé comme suit:

> "Le demandeur est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure était injustifiée. Le tribunal peut ordonner le versement de frais et de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure."

---

[16] A/CN.9/523, par. 49.
[17] A/CN.9/454, par. 35 à 43; A/CN.9/523, par. 50 à 52.
[18] A/CN.9/545, par. 48, 60 et 61, 64 à 66, A/CN.9/524, par. 32 à 34.

Paragraphe 7

30. À ses quarante et unième (Vienne, 13-17 septembre 2004) et quarante-deuxième (New York, 10-14 janvier 2005) sessions, le Groupe de travail a entrepris d'examiner dans le détail le texte du paragraphe 7 du projet d'article 17 relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Dans le projet d'article 17, les mesures provisoires accordées *ex parte* sont désignées par le terme générique "injonction(s) préliminaire(s)".

31. Malgré d'importantes divergences d'opinions, le Groupe de travail est convenu d'insérer le texte révisé du paragraphe 7 dans le projet d'article 17, étant entendu que ce paragraphe s'appliquerait sauf convention contraire des parties, qu'il devrait être clairement indiqué que les injonctions préliminaires avaient le caractère d'ordonnance de procédure et non celui de sentence, qu'aucune procédure d'exécution ne serait prévue à l'article 17 *bis* pour ces injonctions, et qu'aucune note de bas de page ne serait ajoutée (A/CN.9/573, par. 27).

32. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, à la trente-huitième session de la Commission, il a été proposé que, en ce qui concerne la structure du projet d'article 17, la question des injonctions préliminaires soit traitée dans un article distinct afin de faciliter l'adoption du projet d'article 17 par les États qui ne souhaitaient pas adopter de dispositions relatives à ce type d'injonctions (A/60/17, par. 76). Il a aussi été dit que, si le paragraphe 7 devait être inséré dans le projet d'article 17, il devrait être rédigé sous la forme d'une clause d'option positive, de façon à ne s'appliquer que lorsque les parties en auraient expressément convenu ainsi (A/60/17, par. 175).

33. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées non contradictoirement par un tribunal arbitral présenteraient encore un quelconque intérêt pratique pour les praticiens si le texte révisé de la Loi type les rendaient non exécutoires. À cet égard, il se souviendra peut-être qu'il avait été observé, à sa trente-sixième session, que, dans certains pays où la justice étatique aurait du mal à réagir rapidement à une demande d'injonction préliminaire, il serait capital d'établir le caractère exécutoire d'une telle injonction si elle était prononcée par un tribunal arbitral (A/CN.9/508, par. 79).

Alinéa a)

Mécanisme d'exclusion

34. Conformément à la décision du Groupe de travail de donner aux parties la possibilité d'exclure l'application du paragraphe 7, la formule "sauf convention contraire des parties" a été conservée et les mots "si les parties en sont expressément convenues" supprimés (A/CN.9/573, par. 28). Au vu des commentaires faits par la Commission à sa trente-huitième session (voir par. 32 ci-dessus), le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant cette question.

"ne rien faire"

35. Le projet révisé reflète la décision du Groupe de travail de remplacer les mots "ne rien faire qui compromette" par "ne pas compromettre" afin de bien montrer qu'une injonction préliminaire pourrait être destinée non seulement à empêcher une

partie d'agir mais également à l'obliger à prendre une mesure, par exemple, pour éviter que des biens ne soient détériorés ou pour les protéger contre une autre menace (A/CN.9/573, par. 29).

Alinéa b)

36. Comme convenu par le Groupe de travail, les mots "relatives aux mesures provisoires" et "également" ont respectivement été inclus après "article" et après "s'appliquent" car ces mots montrent clairement que l'alinéa b) a pour objet de rendre les obligations énoncées aux paragraphes 3, 4, 5, 6 et 6 *bis* applicables aux injonctions préliminaires (A/CN.9/573, par. 31).

Alinéa c)

Pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des injonctions préliminaires

37. Le projet révisé reflète la décision du Groupe de travail de remplacer "ne peut prononcer une injonction préliminaire que" par "peut prononcer une injonction préliminaire" et "s'il" par "à condition qu'il" afin d'habiliter expressément le tribunal arbitral à prononcer des injonctions préliminaires (A/CN.9/573, par. 32).

"des motifs raisonnables de craindre"

38. Le Groupe de travail est convenu de simplifier le texte existant en remplaçant les mots "des motifs raisonnables de craindre" par "des craintes raisonnables" (A/CN.9/573, par 33 et 34).

Définition du risque

39. Il a été dit que le risque défini à l'alinéa c), à savoir que la mesure soit compromise avant que toutes les parties aient pu être entendues, n'incluait pas le risque de divulgation de l'injonction préliminaire à la partie visée. Il a donc été proposé de modifier l'alinéa pour mieux rendre compte de ce risque. En conséquence, il a été suggéré de supprimer les mots "avant que toutes les parties puissent être entendues". Il a été dit, à cet égard, que le texte d'une version antérieure du paragraphe 7 a), reproduit au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.II/WP.131 et au paragraphe 12 du document A/CN.9/569, à savoir "lorsque la divulgation préalable d'une mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure", était préférable. Le projet révisé tient compte de ce point de vue (A/CN.9/573, par. 35).

Alinéa d)

Communication des informations

40. On a exprimé la crainte qu'il soit difficile de notifier les communications orales à la partie visée par l'injonction préliminaire. Afin de préciser que le tribunal arbitral était tenu non seulement de divulguer l'existence de communications orales, mais également d'en indiquer le contenu, la formule "y compris en indiquant le contenu de toute communication orale" a été ajoutée à la fin de l'alinéa (A/CN.9/573, par. 37).

“une décision concernant l’injonction préliminaire”

41. Le projet révisé tient compte de la proposition de remplacer les mots “décision concernant l’injonction préliminaire” par “décision concernant une demande d’injonction préliminaire” pour aligner l’alinéa d) sur l’alinéa a), qui fait référence à “une demande d’injonction préliminaire” (A/CN.9/573, par. 38).

“la partie visée par cette injonction”

42. Le Groupe de travail est convenu qu’il valait peut-être mieux parler de “la partie contre laquelle l’injonction préliminaire est demandée” ou “requise” plutôt que de “la partie visée par cette injonction”, dans la mesure où une décision pouvait être favorable ou défavorable au prononcé d’une injonction préliminaire (A/CN.9/573, par. 39).

Notification

43. Le projet révisé indique clairement que, comme convenu par le Groupe de travail, l’obligation de notifier à l’autre partie les documents et informations incombe au tribunal arbitral saisi de la demande d’injonction préliminaire (A/CN.9/573, par. 40).

[“, sauf si le tribunal ... si celle-ci intervient avant”]

44. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte entre crochets figurant à la fin de l’alinéa d) conformément à sa décision antérieure (voir ci-dessus, par. 31) de ne prévoir aucune disposition sur la mise à exécution des injonctions préliminaires par les juridictions étatiques dans la Loi type.

Alinéa e)

Délai

45. L’alinéa e) reflète la décision du Groupe de travail de n’établir aucune limite dans le temps que ce soit en heures ou en jours. Le Groupe de travail a en outre convenu qu’un commentaire ou une note explicative se rapportant à l’article 17, qui pourrait être rédigé à un stade ultérieur, pourrait mentionner à titre d’exemple un délai de deux jours afin d’indiquer l’intention de la disposition (A/CN.9/573, par. 43 à 50).

Notification

46. Afin de préciser à quel moment la notification devait être adressée, le Groupe de travail est convenu d’ajouter, au début de l’alinéa e), l’adverbe “concomitamment” (A/CN.9/573, par. 51).

Alinéa f)

47. Afin d’éviter toute confusion à propos de l’objet de l’alinéa f), il a été suggéré de poser clairement le principe selon lequel une injonction préliminaire ne devait pas avoir une durée de vie supérieure à 20 jours, étant entendu toutefois que certaines mesures accordées dans cette injonction pouvaient être incorporées dans une mesure provisoire ou conservatoire *inter partes*. Le projet révisé reflète donc la décision du Groupe de travail d’intervertir les deux phrases de l’alinéa f)

(A/CN.9/573, par. 58). Le Groupe de travail est également convenu de remplacer les mots “qui confirme, proroge” par “qui adopte”, pour mieux faire ressortir que l’injonction préliminaire devait être transformée en mesure provisoire *inter partes* (A/CN.9/573, par. 57 et 58).

Alinéa g)

“garantie appropriée”

48. Le projet révisé reflète la décision du Groupe de travail de conserver le texte de l’alinéa g) en supprimant l’adjectif “appropriée”.

Alinéa h)

Renvois aux alinéas c) et e) et note de bas de page

49. Les renvois aux alinéas c) et e) ont été supprimés car ils n’étaient plus nécessaires (A/CN.9/573, par. 65). De même, comme il a été convenu par le Groupe de travail, la note de bas de page a été supprimée du fait qu’elle était inutile et que la référence aux “exigences moins strictes” constituait un critère difficile à manier en ce qui concerne une obligation de divulgation (A/CN.9/573, par. 68).

“visée”

50. Il a été proposé et convenu de remplacer les mots “la partie visée par l’injonction préliminaire” par “la partie contre laquelle l’injonction préliminaire a été demandée” pour bien montrer que l’obligation de divulgation imposée au demandeur s’appliquait dès l’instant où la demande d’injonction préliminaire était présentée par ce dernier et non à compter du moment où le tribunal arbitral se prononçait sur cette demande (A/CN.9/573, par. 67).

Partie II – Projet de disposition sur la reconnaissance et l’exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *bis*)

A. Texte du projet d’article 17 *bis*

51. On trouvera ci-après une version nouvellement révisée de l’article 17 *bis* de la Loi type (ci-après “le projet d’article 17 *bis*”) qui tient compte des discussions et décisions du Groupe de travail à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/573, par. 70 à 89):

> “1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme s’imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.

---

* Les conditions énoncées dans le présent article visent à limiter le nombre de cas où la juridiction

2. La juridiction étatique peut refuser de reconnaître ou de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire uniquement:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si elle a la conviction:

i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou

ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire prononcée par lui n'a pas été respectée; ou

iii) Que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'elle y est habilitée, par la juridiction de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

b) Si la juridiction étatique constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

3. Toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire. Lorsqu'elle exerce ce pouvoir, la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas la mesure provisoire quant au fond.

4. La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire informe sans retard la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

5. La juridiction de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, si elle le juge bon, exiger que le demandeur constitue une garantie appropriée, si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie, ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

[6. Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral conformément à des règles sensiblement équivalentes à celles qui sont énoncées au paragraphe 7 de l'article 17 n'est pas exécutoire.]"

étatique peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre de cas plus réduit.

B. Notes sur le projet d'article 17 *bis*

Paragraphe 1[19]

52. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sans modification (A/CN.9/573, par. 71).

Paragraphe 2[20]

Alinéa a) i) (alinéa a) i) et ii) de la version précédente figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.131)

53. Le projet de texte reflète la décision du Groupe de travail de conserver les mots "que ce refus est justifié par les motifs" et de fusionner les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) de la précédente version (A/CN.9/573, par. 74).

Alinéa a) ii) (alinéa a) iii) de la version précédente figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.131)

54. Les mots "l'obligation de constituer une garantie appropriée" ont été remplacés par "la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie" afin de mieux faire ressortir le fait que le tribunal arbitral est libre de ne pas exiger la constitution d'une garantie ou qu'une garantie peut avoir été requise et sa constitution différée (A/CN.9/573, par. 76).

Alinéa a) iii) (alinéa a) iv) de la version précédente figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.131)

[ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée] [a lieu l'arbitrage]

55. Pour assurer la cohérence entre le projet d'article 17 *bis*-2 a) iii) et l'article 36-1 a) v) de la Loi type, les deux passages entre crochets de la précédente version ont été conservés mais leur ordre a été inversé (A/CN.9/573, par. 79).

Alinéa b) i)

56. Les mots "par la loi" ont été supprimés, le Groupe de travail étant convenu qu'ils pouvaient être interprétés à tort comme signifiant qu'une juridiction pouvait agir sur le fondement d'une loi autre que celle dont elle tirait ses pouvoirs (A/CN.9/573, par. 82).

Alinéa b) ii)

57. Le Groupe de travail a adopté tel quel l'alinéa b) ii) quant au fond (A/CN.9/573, par. 83).

Paragraphe 3[21]

58. Il est rappelé que le Groupe de travail avait pris note de plusieurs propositions concernant le paragraphe 3, qu'il devait examiner plus avant dans le contexte du

---

[19] A/CN.9/545, par. 95 à 102; A/CN.9/524, par. 32 à 34, 64 à 66.
[20] A/CN.9/545, par. 103 à 110; A/CN.9/524, par. 35 à 39, 42 à 52, 57 à 63.
[21] A/CN.9/524, par. 40 et 41, 55 et 56.

projet d'article 17 *ter*, mais sur lesquelles il n'a pu revenir faute de temps. Il souhaitera peut-être examiner plus en détail ces propositions, qui sont exposées au paragraphe 84 du document A/CN.9/573.

Paragraphe 4[22]

59. Le Groupe de travail a adopté tel quel le paragraphe 4 quant au fond (A/CN.9/573, par. 85).

Paragraphe 5[23]

60. Le paragraphe 5, dans sa version révisée, a pour objet de préciser que la juridiction étatique peut enjoindre à un demandeur de constituer une garantie si elle le juge bon et si le tribunal arbitral ne l'a pas déjà fait ou si une telle injonction est nécessaire pour protéger les droits de tiers (A/CN.9/573, par. 86). Comme convenu, les mots "ordonner" et "mesure", qui étaient employés pour traduire "order" dans le paragraphe 5 de la version précédente, ont été remplacés par "exiger" et "décision" pour éviter de limiter l'effet de cette disposition aux décisions de procédure (A/CN.9/573, par. 86).

Paragraphe 6[24]

Injonctions préliminaires et exécution

61. Ayant décidé antérieurement qu'une injonction préliminaire ne serait pas susceptible d'exécution par les juridictions étatiques, le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 6 (A/CN.9/573, par. 87).

62. Le Groupe de travail a ensuite entrepris d'examiner s'il fallait ou non indiquer expressément dans le projet d'article 17 *bis* que celui-ci ne s'appliquait pas aux injonctions préliminaires. Après discussion, il est convenu que le secrétariat devrait élaborer, en vue de son insertion dans l'article 17 *bis*, un projet de paragraphe fondé sur le principe selon lequel les injonctions préliminaires n'étaient pas susceptibles d'exécution par les juridictions étatiques, et ce, faisant veiller à ce que toute formulation proposée ne porte pas atteinte à la nature contraignante de ces injonctions (A/CN.9/573, par. 87 à 89).

---

[22] A/CN.9/524, par. 67 à 71.
[23] A/CN.9/524, par. 72 à 75.
[24] A/CN.9/545, par. 111.

Partie III – Projet de disposition concernant les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des juridictions étatiques à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)[25]

A. Texte du projet d'article 17 *ter*

63. On trouvera ci-après une version nouvellement révisée du projet d'article 17 *ter* de la Loi type (ci-après "le projet d'article 17 *ter*") qui tient compte des discussions et décisions du Groupe de travail à sa quarante-deuxième session (A/CN.9/573, par. 90 à 95):

> "La juridiction étatique dispose, pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires aux fins d'une procédure d'arbitrage et en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure judiciaire et en relation avec une telle procédure et elle exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international."

B. Notes sur le projet d'article 17 *ter*

64. Il est rappelé qu'à l'issue de son débat le Groupe de travail a adopté la variante 1 du projet d'article 17 *ter* qui figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.125, par. 42 (A/CN.9/573, par. 95).

Partie IV – Différentes possibilités de présentation des dispositions actuelles et des dispositions révisées dans la Loi type

65. À sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'examiner la forme sous laquelle les dispositions actuelles et les dispositions révisées pourraient être présentées dans la Loi type et de proposer différentes solutions possibles qu'il examinerait à une prochaine session (A/CN.9/573, par. 99).

66. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier deux aspects différents liés à cette question de forme, à savoir, d'une part, la structure des dispositions et, d'autre part, leur emplacement dans la Loi type.

---

[25] A/CN.9/573, par. 90 à 95; A/CN.9/524, par. 76 à 78; A/CN.9/523, par. 77.

A. Structure des dispositions révisées

1) *Emplacement de la définition*

67. Le paragraphe 2 de l'article 17 contient une définition des mesures provisoires ou conservatoires. Une solution pourrait être d'insérer cette définition dans l'article 2 de la Loi type, relatif aux définitions et règles d'interprétation, ce qui simplifierait le libellé de l'article 17. Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner si la définition des "mesures provisoires" figurant actuellement au paragraphe 2 de l'article 17, qui vaut pour les mesures accordées par les tribunaux arbitraux, devrait être reformulée pour s'appliquer également aux mesures provisoires octroyées par des juridictions étatiques conformément aux articles 9 et 17 *ter* de la Loi type.

2) *Injonctions préliminaires*

68. Il a été proposé à la Commission, à sa trente-huitième session, que la question des injonctions préliminaires soit abordée dans un article distinct pour faciliter l'adoption du projet d'article 17 par les États qui ne souhaiteraient pas adopter de dispositions sur ce type d'injonction (A/60/17, par. 176). S'il acceptait cette proposition, le Groupe de travail pourrait alors examiner les possibilités ci-après de présentation de ce nouvel article:

- L'article sur les injonctions préliminaires pourrait venir après l'article 17 et les articles 17 *bis* et 17 *ter* seraient alors renumérotés en conséquence; ou
- Compte tenu des importantes divergences de vues sur la question, l'article devrait peut-être prendre la forme d'une note de bas de page comme dans le cas, par exemple, de l'article X qui accompagne l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.

B. Emplacement des dispositions révisées dans la Loi type

69. En ce qui concerne l'emplacement des dispositions révisées dans le texte de la Loi type, plusieurs possibilités – exposées ci-après – pourraient être envisagées.

1) *Insertion des dispositions révisées dans le chapitre IV ou dans un nouveau chapitre IV* bis *de la Loi type*

70. Une première solution serait de remplacer l'actuel article 17 par les dispositions révisées sur les mesures provisoires ou conservatoires et d'insérer les articles 17, 17 *bis* et 17 *ter* dans l'actuel chapitre IV de la Loi type. Cette solution a l'avantage de la simplicité. Il est à noter cependant que, si le chapitre IV traite de la compétence du tribunal arbitral, les articles 17 *bis* et 17 *ter* ont trait eux à l'intervention des juridictions étatiques et, de ce fait, auraient davantage leur place dans un nouveau chapitre.

71. Si un nouveau chapitre (éventuellement numéroté IV *bis*) intitulé "Mesures provisoires ou conservatoires" et contenant les articles 17 à 17 *ter* était créé, il pourrait comporter une indication de la date de son adoption par la Commission.

Une solution analogue avait été adoptée pour l'article 5 *bis* de la Loi type sur le commerce électronique. L'insertion de la date d'adoption du chapitre par la Commission donnerait aux États adoptants une idée des raisons pour lesquelles le style des dispositions révisées diffère de celui des autres dispositions de la Loi type. Si le Groupe de travail convenait d'insérer un nouveau chapitre, l'actuel chapitre IV ne contiendrait que l'article 16 et il faudrait peut-être alors examiner si tant les chapitres que les articles de la Loi type devraient ou non être renumérotés.

2) Présentation des dispositions révisées sous forme de texte accessoire

72. Une autre possibilité serait d'insérer les dispositions révisées sur les mesures provisoires ou conservatoires dans une note de bas de page qui accompagnerait l'actuel article 17 ou dans une annexe à la Loi type. Un texte explicatif devrait alors préciser que les dispositions révisées devraient être considérées comme se substituant aux dispositions actuelles sur les mesures provisoires. Cette solution aurait notamment l'avantage d'éviter toute restructuration de la Loi type. L'annexe pourrait aussi contenir d'autres modifications susceptibles d'être apportées à la Loi type. Le Groupe de travail souhaitera toutefois peut-être examiner si ce mode de présentation ne donnera pas l'impression erronée que la Loi type contient deux catégories de dispositions, celles de l'annexe étant considérées comme secondaires par rapport à celles figurant dans le corps même de la Loi type.

3) Présentation des dispositions révisées comme un ensemble séparé de dispositions législatives types sur les mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage commercial international

73. Une autre possibilité serait de présenter les dispositions révisées sur les mesures provisoires ou conservatoires comme un ensemble de dispositions formellement distinct de la Loi type traitant d'un aspect procédural particulier de l'arbitrage. On pourrait indiquer que ces dispositions sont destinées à compléter l'actuel article 17 de la Loi type. Cette solution serait avantageuse pour les États adoptants qui soumettent les mesures provisoires ou conservatoires à une législation distincte de celle de l'arbitrage international.

C. Texte explicatif

74. Le Groupe de travail a exprimé le souhait qu'un texte explicatif sur les dispositions révisées soit préparé. Il pourrait examiner diverses possibilités de présentation de ce texte. Celui-ci pourrait être rédigé sous une forme semblable à celle de l'actuelle note explicative, qui accompagne la Loi type, et remplacer le paragraphe 26 de cette note. Une autre possibilité serait de fournir des informations plus détaillées sur les mesures provisoires ou conservatoires aux États adoptants et de préparer un guide législatif sur les dispositions révisées. Le Groupe de travail pourrait aussi examiner s'il conviendrait d'établir également un guide législatif sur les autres dispositions de la Loi type.

E. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006)

(A/CN.9/592) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-2	
II.	Organisation de la session	3-9	
III.	Délibérations et décisions	10-11	
IV.	Projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires	12-45	
	Emplacement et structure du chapitre IV *bis*	14	
	Numérotation des dispositions	15-45	
	Article 17	17-20	
	Article 17 *bis*	21	
	Article 17 *ter*	22-24	
	Article 17 *quater*	25-28	
	Article 17 *quinquies*	29	
	Article 17 *sexies*	30-31	
	Article 17 *septies*	32	
	Article 17 *octies*	33	
	Article 17 *novies*	34-36	
	Article 17 *decies*	37-39	
	Article 17 *undecies*	40-43	
	Référence aux articles 17 *novies*, 17 *decies* et 17 *undecies* du paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage	44-45	
V.	Projets de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage	46-80	
	L'autre proposition	47-48	
	Projet d'article 7 révisé	49-73	
	Concilier les approches contradictoires sur la forme de la convention d'arbitrage	74-75	
	Paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage	76-80	
VI.	Texte explicatif concernant les dispositions législatives sur les mesures provisoires, les injonctions préliminaires et la forme de la convention d'arbitrage	81	

VII. Projets d'instruments interprétatifs concernant le paragraphe 2 de l'article II et le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York 82-88

VIII. Travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux 89-95

IX. Questions diverses. 96-97

Annexes

I. Dispositions législatives révisées sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires

II. Dispositions législatives révisées sur la forme de la Convention d'arbitrage . . . . . .

III. Projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York. . . . . .

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission a jugé que le moment était venu, entre autres, d'évaluer au sein de l'instance universelle qu'elle constituait, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage. Elle a confié cette tâche au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et décidé que les questions dont ce dernier devrait s'occuper en priorité comprendraient, notamment, la force exécutoire des mesures provisoires et la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, énoncée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("la Loi type sur l'arbitrage") et au paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("la Convention de New York").

2. Le résumé le plus récent des délibérations du Groupe de travail sur les mesures provisoires, les injonctions préliminaires et la forme de la convention d'arbitrage figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.140, paragraphes 5 à 26. Le secrétariat avait été prié d'élaborer des propositions concernant la forme sous laquelle les versions révisées du projet d'article 17 de la Loi type sur l'arbitrage relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires, ainsi que d'un nouvel article relatif à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires (provisoirement numéroté 17 *bis*), et d'un nouvel article relatif aux mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique (provisoirement numéroté 17 *ter*), destinés tous deux à être insérés dans la Loi type, pourraient être présentées pour examen par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session. Il avait également été prié d'élaborer une version révisée du projet d'article 7 de la Loi type relatif à la définition et à la forme de la convention d'arbitrage ainsi qu'une note examinant comment les juridictions étatiques avaient interprété la règle de la forme prévue au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et étudiant dans quelle mesure le paragraphe 1 de l'article VII de ladite convention pourrait aider à moderniser l'exigence de forme pour les conventions d'arbitrage, afin que le Groupe de travail les examine à cette même session.

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-quatrième session à New York du 23 au 27 janvier 2006. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Cameroun, Canada, Chine, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Liban, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Uruguay.

4. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Azerbaïdjan, Bangladesh, Finlande, Guinée, Indonésie, Iraq, Irlande, Kirghizistan, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, République dominicaine et Ukraine.

5. Y ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Comité consultatif créé en vertu de l'article 2022 de l'ALENA, Communauté européenne, Cour permanente d'arbitrage et Union africaine.

6. Ont également 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 of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Comité consultatif international du coton (CCIC), Forum for International Commercial Arbitration (FICA), International Law Institute (ILI), London Court of International Arbitration (LCIA), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), School of International Arbitration (Queen Mary University of London) et Union internationale des avocats (UIA).

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

Président: M. José María Abascal Zamora (Mexique);

Rapporteur: M. Mostafa Dolatyar (République islamique d'Iran).

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.140 et A/CN.9/WG.II/WP.140/Add.1); b) note du secrétariat contenant une nouvelle version révisée du projet d'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage établie par lui conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.136); c) note du secrétariat contenant une proposition, présentée par une délégation, de révision de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.137 et A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1); d) note du secrétariat sur l'interprétation et l'application de l'exigence de forme écrite posée par le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (A/CN.9/WG.II/WP.139); e) note du secrétariat sur les nouvelles versions révisées

des projets d'articles 17, 17 *bis* et 17 *ter*, à insérer dans la Loi type sur l'arbitrage, établies par lui conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa quarante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.141); et f) rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/CN.9/589).

9. 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. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires et sur l'exigence de forme écrite pour la convention d'arbitrage.
5. Travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux.
6. Questions diverses.
7. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

10. Le Groupe de travail a repris ses délibérations sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les textes figurant dans les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.136, A/CN.9/WG.II/WP.137, A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.139 et A/CN.9/WG.II/WP.141). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres IV à VII. Le secrétariat a été prié de réviser le texte d'un certain nombre de dispositions en tenant compte de ces délibérations et conclusions. Le Groupe de travail a examiné les points 5 et 6 de l'ordre du jour. Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ces points aux chapitres VIII et IX, respectivement.

11. Le Groupe de travail a adopté la version révisée des projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires, les injonctions préliminaires et la forme de la convention d'arbitrage ainsi que le texte d'un projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York. Le secrétariat a été prié de distribuer aux gouvernements pour commentaires la version révisée des projets de dispositions et le texte du projet de déclaration interprétative, en vue de leur examen et adoption par la Commission à sa trente-neuvième session, devant se tenir à New York du 19 juin au 7 juillet 2006.

IV. Projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires

12. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-troisième session (Vienne, 3-7 octobre 2005) il avait examiné dans le détail le texte de la version révisée de l'article 17 concernant le pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires et de prononcer des injonctions préliminaires, de l'article 17 *bis*

concernant la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral, et de l'article 17 *ter* sur les mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique. À cette session, le Groupe de travail avait prié le secrétariat d'examiner la question de la forme sous laquelle les dispositions actuelles et les dispositions révisées sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires pourraient être présentées et de proposer des variantes possibles qu'il examinerait à une prochaine session (A/CN.9/589, par. 104 à 106). Il avait également prié le secrétariat de tenir compte de la suggestion faite à cette session de placer ces dispositions dans un nouveau chapitre de la Loi type sur l'arbitrage, numéroté IV *bis*, et de les restructurer en regroupant par articles les paragraphes consacrés à des questions similaires (A/CN.9/589, par. 106).

13. Le Groupe de travail a repris ses discussions relatives aux projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires en partant du texte, figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.141, que le secrétariat avait établi pour tenir compte de ses débats.

Emplacement et structure du chapitre IV *bis*

14. Le Groupe de travail est convenu que les projets de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires devraient être placés dans un nouveau chapitre de la Loi type sur l'arbitrage et que les articles pourraient être regroupés dans des sections, ainsi qu'il était suggéré dans le document A/CN.9/WG.II/WP.141.

Numérotation des dispositions

15. Il a été fait observer que la numérotation latine des articles risquait de poser un problème aux utilisateurs pour lesquels elle n'était pas familière. Il a été répondu que cette numérotation était conforme à la présentation suivie dans d'autres instruments de la CNUDCI, par exemple à l'article 5 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

16. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver la numérotation des projets de dispositions législatives utilisée dans le document A/CN.9/WG.II/WP.141.

Article 17

Paragraphe 1

17. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond sans modification.

Paragraphe 2

18. L'idée d'autoriser directement ou indirectement, à l'alinéa b) du paragraphe 2, le recours à des injonctions antipoursuites a suscité des réserves, du fait que ce type d'injonction était inconnu ou mal connu dans de nombreux systèmes juridiques et que la pratique dans ce domaine n'était pas uniforme. Il a été dit aussi que les injonctions antipoursuites ne revêtaient pas toujours un caractère provisoire. On a fait valoir qu'il existait déjà un certain nombre de règles protégeant le processus arbitral, ce qui rendait inutile une référence aux injonctions antipoursuites dans cet alinéa.

19. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà examiné cette question à sa quarante-troisième session et était convenu d'adopter le texte de l'alinéa b) du paragraphe 2 (A/CN.9/589, par. 20 à 26). On a fait observer que les dispositions figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.141 formaient un ensemble et le Groupe de travail ne devrait pas rouvrir de discussions sur des questions de fond qui risquaient de modifier cet ensemble.

20. Le paragraphe a été adopté quant au fond sans modification.

Article 17 *bis*

Paragraphes 1 et 2

21. Le Groupe de travail a adopté les paragraphes 1 et 2 quant au fond sans modification.

Article 17 *ter*

Titre

22. Il a été proposé de modifier le titre de l'article 17 *ter* comme suit: "Requêtes en injonctions préliminaires et conditions d'octroi des injonctions préliminaires", afin de mieux refléter la teneur de la disposition. Le Groupe de travail a adopté cette proposition.

Paragraphes 1 et 2

23. Les paragraphes 1 et 2 ont été adoptés quant au fond sans modification.

Paragraphe 3

24. Pour des raisons linguistiques, le Groupe de travail est convenu de reformuler la version anglaise du paragraphe 3 en remplaçant les mots "from the order's being granted or not" par "from the order being granted or not".

Article 17 *quater*

Paragraphes 1, 2, 3 et 4

25. Les paragraphes 1, 2, 3 et 4 ont été adoptés quant au fond sans modification.

Paragraphe 5

26. On a fait observer que l'expression "s'impose aux parties" était ambiguë, car elle semblait exiger que toutes les parties – et pas seulement la partie contre laquelle l'injonction préliminaire était requise – se conforment à cette injonction. On a fait observer aussi que, si l'intention était de lier toutes les parties, cette expression ne précisait pas suffisamment la nature de leurs obligations. Il a été répondu qu'il fallait conserver la référence aux "parties", au pluriel, pour indiquer qu'une injonction lierait non seulement la partie contre laquelle la mesure était dirigée, mais aussi la partie requérant la mesure (par exemple pour la fourniture d'informations ou la constitution d'une garantie).

27. Il a été proposé par ailleurs d'ajouter le texte suivant au paragraphe 5: "Une partie peut demander une mesure quelconque devant un tribunal même si elle a

obtenu une telle injonction préliminaire du tribunal arbitral.” On a fait observer que cette proposition aurait plus sa place à l’article 17 *undecies*, qui avait trait aux mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique. On a fait observer aussi que l’article 9 de la Loi type sur l’arbitrage protégeait déjà le droit d’une partie à la procédure arbitrale de demander une mesure provisoire à un tel tribunal. Il a été répondu que l’article 9 traitait des mesures provisoires et non des injonctions préliminaires. On a fait valoir que cette proposition clarifiait simplement l’application des dispositions et ne visait pas à rouvrir des questions de fond qui s’y rapportaient. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition.

28. À l’issue de ses discussions, le Groupe de travail a conservé le texte du paragraphe 5 sans modification.

Article 17 *quinquies*

29. L’article 17 *quinquies* a été adopté quant au fond sans modification.

Article 17 *sexies*

Titre

30. Il a été proposé de supprimer les mots “par le tribunal arbitral” du titre de l’article 17 *sexies*. Cette proposition a été adoptée.

Paragraphes 1 et 2

31. Les paragraphes 1 et 2 ont été adoptés quant au fond sans modification.

Article 17 *septies*

Paragraphes 1 et 2

32. Les paragraphes 1 et 2 ont été adoptés quant au fond sans modification.

Article 17 *octies*

33. Il a été décidé de remplacer les mots “la partie contre laquelle elle est dirigée” par les mots “une partie quelconque”, au motif que la mesure pouvait avoir un effet sur toute partie.

Article 17 *novies*

Titre

34. Il a été proposé de supprimer les mots “des mesures provisoires” afin de ne pas répéter le titre de la section. Cette proposition a été adoptée.

Paragraphe 1

35. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 devrait faire référence à l’article 17 *decies* au lieu de l’article 17 *novies*.

Paragraphes 2 et 3

36. Les paragraphes 2 et 3 ont été adoptés quant au fond sans modification.

Article 17 *decies*

Titre

37. Comme pour l'article 17 *novies*, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "de mesures provisoires" du titre de l'article 17 *decies*.

Paragraphes 1 et 2

38. Les paragraphes 1 et 2 ont été adoptés quant au fond sans modification.

Note de bas de page

39. Le Groupe de travail est convenu que la note relative à l'article 17 *decies* devrait faire référence à l'article 17 *decies* au lieu de l'article 17 *novies*.

Article 17 *undecies*

Emplacement de l'article 17 undecies

40. Le Groupe de travail s'est demandé si l'article 17 *undecies* devrait être placé dans une autre partie de la Loi type sur l'arbitrage au motif qu'il traitait des mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique, et s'insérerait peut-être difficilement dans un chapitre consacré essentiellement aux mesures provisoires accordées par des tribunaux arbitraux.

41. Il a été suggéré de placer l'article 17 *undecies* après l'article 9 de la Loi type, qui traitait des mesures provisoires accordées par des tribunaux étatiques. Toutefois, étant donné que l'article 9 se trouvait au chapitre II de la Loi type sur l'arbitrage, qui portait sur la convention d'arbitrage, cette option n'a pas été jugée appropriée.

42. Le Groupe de travail est convenu qu'un libellé semblable à celui proposé dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.141, par. 13) pour accompagner l'article 17 *undecies* pourrait être inclus dans un texte explicatif sur cette disposition. Un tel libellé pourrait attirer l'attention des États sur la question de l'emplacement de cet article dans la partie la plus appropriée de leur législation.

43. L'article 17 *undecies* a été adopté quant au fond sans modification.

Référence aux articles 17 *novies*, 17 *decies* et 17 *undecies* au paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage

44. À sa quarante-troisième session, le Groupe de travail avait noté que, du fait que la disposition sur les mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique était destinée à s'appliquer indépendamment du pays dans lequel l'arbitrage avait lieu, elle devait être ajoutée à la liste des articles figurant au paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage. Cet article disposait que, s'agissant des articles indiqués, la Loi type, telle qu'adoptée dans un État donné, s'appliquerait même si le lieu de l'arbitrage n'était pas situé sur le territoire de cet État (A/CN.9/589, par. 101 à 103). Il avait été suggéré aussi qu'une référence aux articles 17 *novies* et 17 *decies* (qui traitaient, respectivement, de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires et des motifs de les refuser) soit incluse dans la liste des articles faisant exception de sorte que le texte du paragraphe 2 de l'article premier serait le suivant:

"Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État."

45. Le Groupe de travail a adopté cette proposition quant au fond.

V. Projets de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage

46. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-troisième session il avait repris ses discussions sur un projet de disposition législative type révisant l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage en se fondant sur un texte établi par le secrétariat ("le projet d'article 7 révisé") à la suite des débats de sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002) (A/CN.9/508, par. 18 à 39) et qu'il avait également examiné une proposition de la délégation mexicaine concernant cette question, proposition reproduite dans le document A/CN.9/WG.II/WP.137 et modifiée par le document A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1 ("l'autre proposition") (A/CN.9/589, par. 108 à 112). Il a également été rappelé que le Groupe de travail avait considéré que les deux textes suggéraient des options utiles pour traiter les problèmes liés à la forme de la convention d'arbitrage. Le Groupe de travail est convenu d'examiner ces deux options plus avant.

L'autre proposition

47. Il a été noté que l'autre proposition omettait totalement l'exigence de l'écrit. On a dit que, si ce texte était adopté, la question de la conclusion de la convention d'arbitrage et de son contenu serait uniquement une question de preuve, et non de validité. On a indiqué que le projet d'article 7 révisé établissait les exigences minimales qui devraient s'appliquer en ce qui concerne la forme d'une convention d'arbitrage, tandis que l'autre proposition allait beaucoup plus loin et supprimait toutes conditions de forme pour reconnaître, par exemple, les conventions d'arbitrage verbales. À l'appui de cette autre proposition, on a fait valoir que de nombreuses lois nationales énonçaient, pour la forme des conventions d'arbitrage, des conditions qui pouvaient être considérées comme dépassées. Bien que l'autre proposition ait suscité un intérêt considérable, l'avis a été exprimé qu'elle s'écartait peut-être trop radicalement de la législation traditionnelle, y compris de la Convention de New York, pour être facilement acceptable dans de nombreux pays. Il a été déclaré aussi que l'objet de la révision du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage était d'harmoniser les droits internes existant à cet égard et on a dit que le projet d'article 7 révisé atteindrait mieux le but recherché que cette autre proposition (pour la discussion concernant cette dernière, voir ci-après, par. 74 et 75).

48. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion en se fondant sur le projet d'article 7 révisé, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.136. Il lui a été rappelé que, quelle que soit la formulation qui serait acceptée pour le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type, il faudrait examiner l'incidence de cette disposition sur l'article 35, du fait que ce dernier comportait une référence à l'article 7 dans son paragraphe 2, qui imposait à la partie invoquant une sentence ou en demandant l'exécution, l'obligation de "fournir l'original de la convention

d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme" (pour cette discussion, voir ci-après, par. 76 à 80).

Projet d'article 7 révisé

Paragraphe 1 du projet d'article 7 révisé

49. Le paragraphe 1 a été adopté quant au fond sans modification.

Paragraphes 2 et 3 du projet d'article 7 révisé

50. Un soutien a été exprimé en faveur du maintien du contenu du paragraphe 2, car il indiquait clairement, en harmonie avec le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, que les conventions d'arbitrage devaient revêtir la forme écrite, et donnait des exemples de ce que l'on entendait par "forme écrite". Il a toutefois été noté que le paragraphe 2 du projet d'article 7 révisé précisait, au moyen d'une définition, que le terme "forme écrite" englobait des moyens de communication modernes dont on pouvait considérer, dans certains pays, qu'ils ne répondaient pas à l'exigence de l'écrit. On a exprimé la crainte que cette approche soit en contradiction avec celle adoptée dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui s'appuyaient non sur une définition, mais sur une équivalence fonctionnelle de "l'écrit".

Conformité du paragraphe 2 du projet d'article 7 révisé à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("la Convention sur les contrats électroniques")

51. On a fait observer que le projet d'article 7 révisé avait été élaboré avant que le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique ait achevé ses travaux relatifs à la Convention sur les contrats électroniques et qu'il devrait être remanié dans un souci de cohérence avec le texte de cette convention. On a fait observer en outre que l'article 20 de ladite Convention incluait la Convention de New York dans la liste des instruments internationaux auxquels elle s'appliquait et que, dans la mesure où la Loi type sur l'arbitrage pouvait être utilisée pour aider à l'interprétation de la Convention de New York, il serait important de s'assurer de la compatibilité des trois instruments.

52. Il a été suggéré de s'inspirer du texte du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur les contrats électroniques, aux termes duquel une communication électronique satisfaisait à l'exigence de forme écrite prévue par la loi "si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement", pour le projet d'article 7 révisé, qui pourrait être formulé comme suit: "Un message de données satisfait à l'exigence de la forme écrite si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement." Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien.

"conclu ou constaté"

53. Afin de parvenir au degré de souplesse requis, il a été dit que la condition de forme pour les conventions d'arbitrage devrait faire pendant aux dispositions similaires qui existaient à propos des procédures judiciaires devant les juridictions internes, par exemple l'article 3 c) de la Convention sur les accords d'élection de for élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé (adoptée le

30 juin 2005), lequel disposait qu'"un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement". Il a également été dit que, dans le même ordre d'idée, l'article 76 du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], actuellement élaboré par le Groupe de travail de la CNUDCI sur le droit des transports, faisait référence à un accord "conclu ou constaté par écrit" (voir A/CN.9/WG.II/WP.140/Add.1, annexe).

54. Il a été suggéré d'envisager d'insérer les mots "conclue ou constatée" au paragraphe 2 du projet d'article 7 révisé, car ils préciseraient que la condition de forme ne s'appliquerait pas nécessairement au stade de la formation de la convention d'arbitrage, mais qu'elle pourrait s'appliquer aussi au stade ultérieur de la preuve de l'existence de ladite convention. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que ces termes contribueraient utilement à une interprétation extensive de la condition de forme énoncée au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York. Il a été proposé de rédiger le paragraphe 2 du projet d'article 7 révisé comme suit: "La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite. Une 'convention écrite' désigne une convention conclue ou constatée sous toute forme, y compris, sans s'y limiter, un message de données, qui fournit une trace écrite de la convention d'arbitrage ou qui est d'une autre manière accessible pour être consulté ultérieurement." Cette proposition a bénéficié d'un certain appui. La proposition suivante a été faite en vue de simplifier ce texte: "La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite. Une convention 'revêt la forme écrite' si elle est conclue ou constatée sous toute forme ou est accessible pour être consultée ultérieurement, y compris sous la forme d'un message de données." On a déclaré à l'appui de cette proposition qu'elle couvrirait les deux cas où un écrit était exigé à des fins de validité ou de preuve.

55. Il a été demandé si les termes "conclue" et "constatée" étaient tous deux nécessaires, car de l'avis général le second englobait le premier. Il a été répondu que si l'on employait seulement le mot "constatée", la disposition risquait d'être interprétée dans un sens très restrictif comme s'appliquant uniquement lorsqu'une convention était conclue par écrit. Il a été dit que les deux mots étaient nécessaires pour cette raison.

56. Des objections ont été soulevées au motif que l'inclusion de ces termes soulevait des questions relatives à la preuve de l'existence d'une convention d'arbitrage, questions qui étaient sans rapport avec l'objet du paragraphe 2 du projet d'article 7 révisé, à savoir exiger que cette convention soit sous forme écrite. Il a été proposé de supprimer toute mention de ces termes, de sorte que le texte du paragraphe révisé serait le suivant: "La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite. Une convention 'revêt la forme écrite' si elle est sous toute forme ou est accessible pour être consultée ultérieurement, y compris sous la forme d'un message de données". Le Groupe de travail a pris note de cette proposition.

Propositions visant à restructurer les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 7 révisé

57. Il a été fait remarquer que le paragraphe 2 du projet d'article 7 révisé avait différents objectifs, à savoir:

- Poser le principe selon lequel une convention d'arbitrage devait être écrite;
- Déterminer si l'exigence de forme écrite devait permettre d'établir avec certitude le consentement des parties à recourir à l'arbitrage ou la teneur de la convention d'arbitrage; et
- Préciser comment satisfaire à cette exigence de forme écrite.

58. Il a été proposé de traiter chacun de ces objectifs en insérant un texte du type: "La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite. Une convention d'arbitrage revêt la forme écrite si elle peut être prouvée par écrit. Un message de données satisfait à l'exigence d'un écrit si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement. Le terme 'message de données' désigne l'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." Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien.

59. Il a été proposé, toujours dans le même sens, de remplacer les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 7 révisé par la disposition restructurée suivante: "2. La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite. 3. Une convention d'arbitrage revêt la forme écrite si ses termes sont consignés sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens. 4. Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement." Il a été expliqué que cette dernière proposition présentait les avantages suivants:

- Le libellé de son paragraphe 2 était compatible avec le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et maintenait ainsi le "lien" entre les textes;
- Le paragraphe 3, en se référant aux "termes", montrait clairement que seuls les termes de la convention d'arbitrage devaient être consignés et non la volonté effective des parties de conclure la convention. À cet égard, il fallait, a-t-on souligné, laisser à la législation nationale le soin de déterminer si les parties s'étaient véritablement accordées pour recourir à l'arbitrage;
- Le libellé du paragraphe 4 suivait celui du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur les contrats électroniques.

60. La proposition a reçu un large soutien. Des éclaircissements ont cependant été demandés sur un certain nombre de points.

61. Il a été demandé si le mot "termes" ("terms" dans la version anglaise) dans le paragraphe 3 de la proposition ci-dessus (voir par. 59) était nécessaire car l'existence d'une convention d'arbitrage présupposait l'existence de ses "termes". Après discussion, le Groupe de travail a généralement estimé qu'on devait, d'une façon ou d'une autre, se référer au contenu de la convention pour bien montrer qu'il fallait conserver la trace, non pas de la rencontre des volontés des parties ni d'autres informations sur la formation de la convention, mais bien du contenu ou des termes de la convention même. À la question de savoir quelle était la portée du mot

“termes”, des avis divergents ont été exprimés. Selon un point de vue, le mot “termes” du contrat pouvait être interprété comme désignant toutes les stipulations contractuelles s’appliquant entre les parties. Selon un autre avis, le mot “termes” de la convention pouvait avoir un sens plus large et englober, par exemple, le règlement d’arbitrage convenu par les parties ou la loi régissant la procédure arbitrale si les parties ne convenaient d’aucune règle de procédure. Il a aussi été expliqué que le mot “termes” ne se limitait pas aux conditions expressément convenues par les parties mais pouvait aussi désigner des accords conclus du fait d’un comportement, par exemple lorsqu’une partie envoyait une offre de contrat contenant une convention d’arbitrage à l’autre partie, laquelle sans avoir accepté l’offre expressément, exécutait sa part des obligations (par exemple en expédiant les marchandises et en payant le prix).

62. Pour éviter tout risque d’interprétation confuse ou trop extensive du mot “termes”, il a été proposé de le remplacer par un mot plus général comme “contenu”. Cette proposition a été appuyée par certains. Toutefois, il a été dit qu’une meilleure formule pourrait être trouvée. Il a été proposé dans ce sens de modifier le paragraphe 3 de la proposition ci-dessus (voir par. 59) comme suit: “une convention d’arbitrage revêt la forme écrite si elle est consignée sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d’un comportement ou par tout autre moyen”. Il a été suggéré d’accompagner ce paragraphe d’un texte explicatif dans un guide pour l’incorporation et l’application. Une autre proposition était d’amender le paragraphe 3 comme suit: “une convention d’arbitrage revêt la forme écrite si les règles qui lui sont applicables sont contenues dans un texte consigné”. Le Groupe de travail ne s’est prononcé en faveur d’aucune de ces deux formules mais est convenu qu’il faudrait sans doute clarifier davantage, dans un guide pour l’incorporation et l’application, les cas concrets visés par le paragraphe 3, en particulier ceux énumérés aux paragraphes 16 à 26 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Il a prié le secrétariat de revoir le texte en tenant compte des propositions ci-dessus et en donnant les explications nécessaires dans un guide pour l’incorporation et l’application de l’article 7.

63. En réponse à une question, il a été expliqué que le mot “contrat” dans le paragraphe 3 de la proposition ci-dessus (voir par. 59) était employé pour tenir compte du problème de l’incorporation d’une convention d’arbitrage par référence dans un contrat. Il a été noté que ce problème devrait être examiné de plus près lors du débat sur le paragraphe 5 du projet d’article 7 révisé (voir, ci-après, par. 69 à 73).

64. Il a été proposé de remplacer “communication électronique” dans le paragraphe 4 de la proposition ci-dessus (voir par. 59) par le terme “moyen électronique”, au motif que ce dernier avait un sens plus large et englobait un plus large éventail de situations. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver “communication électronique” et d’insérer au paragraphe 4 les définitions de ce terme et de “message de données”, en les reprenant des alinéas b) et c) de l’article 4 de la Convention sur les contrats électroniques.

Paragraphe 4 du projet d’article 7 révisé

65. Il a été proposé, afin de tenir compte des diverses déclarations, outre les conclusions en demande et en réponse, utilisées dans la pratique arbitrale moderne, de reformuler le paragraphe 4 du projet d’article 7 révisé comme suit: “En outre, une convention d’arbitrage est sous forme écrite si elle est contenue dans un

échange de déclarations écrites dans une procédure arbitrale ou judiciaire dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre." En réponse, il a été dit que le terme "déclaration" était peut-être trop vague et pouvait être source d'ambiguïté. Il a été dit aussi que les termes "conclusion en demande" et "conclusion en réponse" avaient un sens large et bien établi dans la pratique arbitrale et judiciaire. On s'est demandé également si la référence aux déclarations "écrites" était appropriée et si les mots "arbitral or legal" en anglais faisaient suffisamment la distinction entre la pratique arbitrale et les procédures judiciaires.

66. On s'est demandé s'il fallait maintenir le paragraphe 4, étant donné que le paragraphe 3 de la proposition ci-dessus (voir par. 59) visait déjà les conventions d'arbitrage conclues du fait d'un comportement. À l'appui du maintien de ce paragraphe, on a fait valoir qu'il illustrait une situation particulière, à savoir celle où l'existence de la convention d'arbitrage était alléguée par une partie et n'était pas contestée par l'autre. Selon un avis, le cas au moins où un échange de conclusions prouverait l'existence d'une convention d'arbitrage conclue ailleurs n'était pas couvert par le paragraphe 3 de la proposition ci-dessus (voir par. 59 ci-dessus).

67. Il a été proposé d'employer des termes plus généraux au paragraphe 4, de façon à couvrir les situations où les parties communiquaient sur le fond du litige. On a estimé qu'il faudrait reformuler ce paragraphe afin de tenir compte des cas où il n'existait pas de convention d'arbitrage mais où une partie déposait néanmoins une demande d'arbitrage qui n'était pas contestée par l'autre partie.

68. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 4 du projet d'article 7 révisé sans le modifier en dépit de quelques réserves émises du fait que ce paragraphe couvrait peut-être certaines des situations traitées aux articles 4 et 16-2 de la Loi type sur l'arbitrage ainsi qu'au paragraphe 3 de la proposition ci-dessus (voir par. 59 ci-dessus). Le paragraphe 4 a été jugé utile du fait que l'article 4 de la Loi type, en raison de l'étroitesse de sa portée, ne pouvait être interprété comme permettant de présumer de manière absolue l'existence d'une convention d'arbitrage, simplement à partir de l'échange de conclusions en demande et en réponse, en l'absence de preuve tangible de cette convention, et du fait que le paragraphe 4 était plus spécifique que l'article 16-2 de la Loi type.

Paragraphe 5 du projet d'article 7 révisé

69. Le Groupe de travail a rappelé que l'un des principaux objectifs du paragraphe 5 était de traiter des situations de fait comme celles d'un contrat de sauvetage maritime conclu oralement par radio, avec une référence à une formule de contrat type préexistante contenant une clause compromissoire, telle que le "Lloyd's Open Form", ou d'un contrat conclu oralement mais confirmé ensuite par écrit ou autrement lié à un document écrit contenant une clause compromissoire, comme les conditions générales de vente ou d'achat, ou d'une référence à un règlement d'arbitrage existant proposé unilatéralement par une partie et communiqué à l'autre. Le Groupe de travail est convenu de conserver cette disposition au motif qu'elle correspondait à des pratiques modernes.

70. Compte tenu de la décision du Groupe de travail de modifier le paragraphe 2 du projet d'article 7 révisé (voir ci-dessus par. 50 à 64), qui visait un certain nombre

de situations déjà couvertes par le paragraphe 5 du même projet d'article, on a proposé de simplifier comme suit le libellé du paragraphe 5 de sorte qu'il ne traite que la question de l'incorporation par référence: "La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, si la référence incorpore la clause dans le contrat." Cette proposition a bénéficié d'un certain appui.

71. Il a été fait observer que les mots "si la référence incorpore la clause dans le contrat" pouvaient être interprétés comme soumettant la validité d'une convention d'arbitrage à des conditions plus strictes que celles énoncées dans la Loi type sur l'arbitrage de 1985 et que, par conséquent, il faudrait conserver le libellé actuel sur ce point. On a donc proposé la formulation suivante: "à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat". Il a été jugé préférable de ne pas s'éloigner de la formulation de la Loi type qui était généralement interprétée comme renvoyant à la loi applicable la question du lien nécessaire entre la référence et la clause pour que cette dernière soit incorporée dans le contrat. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de reprendre le libellé initial de la Loi type sur l'arbitrage de 1985.

72. Il a été estimé qu'il faudrait restreindre le champ d'application du paragraphe 5. À cette fin, il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe les mots suivants: "et que les conventions d'arbitrage soient habituelles pour de tels contrats". Cette proposition a été contestée au motif qu'elle était trop restrictive et qu'elle créait différentes catégories de contrats, ce qui était peut-être peu connu dans certains pays. Le mot "habituelles" a été jugé vague et susceptible d'interprétations potentiellement divergentes. Il a été rappelé que la Loi type sur l'arbitrage ne prévoyait pas de règle matérielle sur l'application de l'incorporation par référence mais qu'elle laissait à la loi interne le soin d'en établir.

73. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de formuler le paragraphe 5 comme suit: "La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat."

Concilier les approches contradictoires sur la forme de la convention d'arbitrage

74. Il a été rappelé que l'intention du Groupe de travail, en révisant l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, avait été d'actualiser les législations internes sur la question de l'exigence de forme écrite pour la convention d'arbitrage, tout en permettant l'exécution des sentences conformément à la Convention de New York. À cette fin, deux options avaient été présentées, la première décrivant dans le détail comment il pouvait être satisfait à l'exigence de la forme écrite (le projet d'article 7 révisé), la seconde supprimant purement et simplement cette exigence (l'autre proposition, voir ci-dessus, par. 47). Il a été suggéré – et cette suggestion a été adoptée – que le projet d'article 7 révisé, tel que modifié par le Groupe de travail, et l'autre proposition soient tous deux soumis aux États comme variantes possibles.

75. Le Groupe de travail est convenu d'examiner de plus près le libellé de l'autre proposition, en se fondant sur le texte figurant dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.137 et A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1. Il a été dit que le but principal de cette autre proposition était de supprimer le paragraphe 2 et de ne conserver que le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type. Le Groupe de travail est

convenu que la dernière phrase du paragraphe 1, qui disposait que “[Une convention d’arbitrage peut prendre la forme d’une clause compromissoire dans un contrat ou d’une convention séparée.]” devrait être supprimée et que la proposition serait rédigée comme suit: “Une ‘convention d’arbitrage’ est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l’arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s’élever entre elles au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.”

Paragraphe 2 de l’article 35 de la Loi type sur l’arbitrage

76. Le Groupe de travail a examiné si la révision de l’article 7 avait une incidence sur le paragraphe 2 de l’article 35 de la Loi type sur l’arbitrage (voir ci-dessus, par. 48). Il a été proposé de modifier ledit paragraphe 2 de manière à omettre l’obligation de fournir l’original de la convention d’arbitrage, une copie certifiée conforme ou une traduction de cette convention, de sorte que le texte de la disposition deviendrait: “La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l’exécution doit en fournir l’original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence n’est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, la partie en produira une traduction dans cette langue.” Il a été déclaré que cette modification devrait être apportée indépendamment de l’option retenue par un État adoptant pour la révision de l’article 7.

77. La proposition de supprimer l’obligation de fournir la convention d’arbitrage, au paragraphe 2 de l’article 35, a suscité quelques inquiétudes. On a fait observer que cette modification pouvait aboutir à une contradiction entre la Loi type sur l’arbitrage et l’article IV de la Convention de New York, qui exigeait que soit fourni l’original de la convention d’arbitrage ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité. D’un autre côté, il a été noté que le paragraphe 1 de l’article VII de la Convention de New York reconnaissait le droit d’une partie de faire exécuter une sentence arbitrale de la manière admise par la législation nationale applicable. Il a été dit aussi que la suppression de l’obligation de fournir la convention d’arbitrage aurait une incidence négative sur l’article 36 de la Loi type sur l’arbitrage, où les motifs de refus de l’exécution d’une sentence arbitrale étaient fondés sur les stipulations de cette convention. Il a été noté que le texte de 1985 de la Loi type sur l’arbitrage comportait déjà une note relative au paragraphe 2 de l’article 35, qui expliquait que les conditions énoncées dans ce paragraphe visaient à fixer des normes maximales et qu’un État pouvait donc imposer à une partie demandant l’exécution des conditions moins strictes. On a exprimé l’avis qu’il était donc inutile de supprimer la référence à la convention d’arbitrage du texte du paragraphe 2 de l’article 35.

78. À l’issue de sa discussion, le Groupe de travail est néanmoins convenu que l’on pouvait renoncer dans le paragraphe 2 de l’article 35 à l’obligation de fournir la convention d’arbitrage et que, si la sentence n’était pas rédigée dans une langue officielle de l’État, le tribunal étatique pourrait, sans y être tenu, exiger que le demandeur en fournisse une traduction dûment certifiée.

79. Il a été proposé aussi de supprimer du projet de paragraphe 2 révisé de l’article 35 les mots “dûment authentifié” employés à propos de la sentence, car ils avaient été à l’origine de problèmes dans la pratique et pouvaient donner lieu à des interprétations différentes. Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

80. Il a été convenu de reformuler du projet de paragraphe 2 de l'article 35 comme suit: "La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction certifiée dans cette langue." Il a été convenu que la note relative au paragraphe 2 de l'article 35 existante devrait être maintenue telle quelle. Il a été noté qu'un certain nombre de systèmes juridiques faisaient preuve de souplesse en ce qui concerne la fourniture de la traduction dans la langue du tribunal étatique et qu'il était souhaitable de recommander aux législateurs d'envisager d'adopter une telle approche souple.

VI. Texte explicatif concernant les dispositions législatives sur les mesures provisoires, les injonctions préliminaires et la forme de la convention d'arbitrage

81. Le Groupe de travail est convenu que le texte explicatif concernant les dispositions législatives sur les mesures provisoires, les injonctions préliminaires et la forme de la convention d'arbitrage pourrait s'inspirer de la note explicative existante relative à la Loi type sur l'arbitrage et que ce texte pourrait remplacer les actuels paragraphes 18, 19, 26 et autres paragraphes concernés, de ladite note. Le secrétariat a été prié en outre de fournir des informations plus détaillées sur les mesures provisoires, les injonctions préliminaires et la forme de la convention d'arbitrage aux États adoptants dans un guide pour l'incorporation et l'application des dispositions révisées.

VII. Projets d'instruments interprétatifs concernant le paragraphe 2 de l'article II et le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York

82. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa trente-sixième session il avait examiné un projet d'instrument interprétatif du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York afin de donner des lignes directrices concernant l'interprétation et l'application de l'exigence de forme écrite énoncée dans cette disposition et de parvenir à plus d'uniformité. À sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001) (A/56/17, par. 313), la Commission était convenue que les États membres et les États observateurs qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient avoir suffisamment de temps pour procéder à des consultations sur ces importantes questions, y compris la possibilité d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York. À cette fin, le Groupe de travail était convenu de repousser ses discussions sur l'exigence de la forme écrite et la Convention de New York.

83. Compte tenu des progrès accomplis à la session en cours au sujet de l'exigence de la forme écrite dans la Loi type sur l'arbitrage, le Groupe de travail a examiné le projet d'instrument interprétatif du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, reproduit au paragraphe 41 du document A/CN.9/508, ainsi que le projet

d'instrument interprétatif du paragraphe 1 de l'article VII de cette convention figurant au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.II/WP.139.

84. Il a été demandé quel statut juridique le droit international réservait à un instrument interprétatif. On a émis des doutes sur la contribution pratique qu'un tel instrument non contraignant apporterait à l'objectif d'interprétation uniforme de la Convention de New York. À cet égard, il a été estimé qu'un instrument interprétatif ne suffisait pas à résoudre les problèmes pratiques ni à éliminer les divergences actuelles dans l'application du paragraphe 2 de l'article II de la Convention et que le Groupe de travail devrait plutôt s'attacher à préparer un protocole portant modification à la Convention elle-même. Par ailleurs, l'avis a été exprimé que, afin de lui donner plus de poids, la déclaration interprétative devrait être approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies. Il a également été dit que la CNUDCI, en tant qu'organe juridique principal du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, serait l'instance la plus appropriée pour adopter une telle déclaration.

85. On a exprimé la crainte que les déclarations interprétant soit le paragraphe 2 de l'article II soit le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York laissent penser que ledit paragraphe 2 ne donnait pas actuellement à l'exigence de forme une interprétation large, souple et extensive et que l'adoption de telles déclarations ne remette en question cette interprétation dont bénéficiait déjà le paragraphe en question dans certains pays. Cependant, en raison des interprétations divergentes et parfois contradictoires dont faisait l'objet le paragraphe 2 de l'article II, le Groupe de travail est convenu que des orientations en la matière seraient utiles.

86. Le Groupe de travail est passé ensuite à l'examen du texte du projet de déclaration interprétative du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York. On a fait valoir, à l'appui de l'adoption de cette déclaration, que cette solution encouragerait l'élaboration de règles favorisant la validité des conventions d'arbitrage dans un plus grand nombre de cas. Il a été expliqué que cette déclaration inciterait les États à adopter la version révisée de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage ainsi que des lois favorables à l'exécution et on a fait observer que la recommandation énoncée au paragraphe 13 du projet de déclaration ne se limitait pas à la question des conventions d'arbitrage mais était assez générale pour englober tout aspect de la procédure d'exécution.

87. On a dit qu'il serait préférable d'insérer, dans le projet de déclaration relative au paragraphe 1 de l'article VII, des dispositions précisant le sens du paragraphe 2 de l'article II de la Convention. Il a été rappelé que ce dernier avait fait l'objet d'interprétations différentes par les juridictions étatiques, en raison des différences de libellé entre les cinq versions linguistiques de la Convention faisant également foi. Ces différences tenaient en partie au fait que, par exemple, dans la version anglaise, la définition de "convention écrite" (en employant le mot "include") semblait donner une liste non exhaustive d'exemples, alors que dans certaines des autres versions linguistiques faisant également foi la liste paraissait exhaustive.

88. Afin de régler ces problèmes, le projet de déclaration interprétative du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York devrait, a-t-on dit, contenir une déclaration interprétant aussi le paragraphe 2 de l'article II de cette convention. Il a été décidé de conserver le projet de déclaration interprétative

concernant le paragraphe 1 de l'article VII, telle qu'il était reproduit dans le document A/CN.9/WG.II/WP.139, sous réserve d'y apporter deux changements. Premièrement, il faudrait amender le paragraphe 10 de la déclaration en ajoutant les mots "en particulier en ce qui concerne son article 7" après "telle que modifiée ultérieurement". Le paragraphe 10 serait alors rédigé comme suit: "Tenant compte d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 7, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux". Deuxièmement, un nouveau paragraphe numéroté 13 pourrait être inséré comme suit: "Recommande qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la Convention en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs". Il a été noté que, du fait de cette modification, l'actuel paragraphe 13 deviendrait le paragraphe 14 et qu'il faudrait modifier le titre de la déclaration pour y faire référence à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII. Ces modifications ont été approuvées par le Groupe de travail.

VIII. Travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux

89. Le Groupe de travail a tenu des discussions préliminaires pour étudier s'il était souhaitable et possible d'entreprendre des travaux sur diverses questions, exposées dans des documents précédents (A/CN.9/468, par. 107 à 109; A/55/17, par. 396; A/60/17, par. 178) et déterminer l'ordre dans lequel ces questions seraient éventuellement traitées.

90. Les nouveaux sujets possibles sur lesquels le Groupe de travail a été invité à se concentrer étaient entre autres: l'éventuelle révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; l'arbitrabilité des litiges internes aux entreprises (et éventuellement d'autres questions relatives à l'arbitrabilité, par exemple dans les domaines des droits de propriété intellectuelle, des différends relatifs aux investissements, de l'insolvabilité ou de la concurrence déloyale); la résolution des conflits en ligne; et l'immunité des États eu égard à la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens élaborée par la Commission du droit international et adoptée récemment (ci-après la "Convention sur l'immunité juridictionnelle").

91. Il a été dit que tous les sujets énumérés présentaient de l'intérêt et qu'il faudrait peut-être élaborer un instrument contraignant pour traiter efficacement certains d'entre eux comme l'immunité de l'État souverain et l'arbitrabilité. Selon une proposition plus générale, la CNUDCI ne devrait pas se restreindre à traiter au coup par coup des questions spécifiques mais plutôt entreprendre des travaux d'élaboration d'un instrument international contraignant sur l'arbitrage commercial international, en tenant compte d'instruments précédents tels que la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 et d'autres textes semblables. Il a été dit que les travaux sur un tel projet ne devraient pas avoir pour objet de réviser des régimes d'arbitrage efficaces en pratique tels que la Convention de New York. Si ce projet plus étendu a suscité un certain intérêt, il a été conseillé

au Groupe de travail de se garder d'inclure dans son programme de travail des projets prenant inutilement beaucoup de temps et de se concentrer sur des questions présentant un intérêt pratique pour les milieux de l'arbitrage.

92. Sur la question de l'immunité des États, le Groupe de travail a noté qu'en décembre 2004 l'Assemblée générale avait adopté la Convention sur l'immunité juridictionnelle (voir résolution A/RES/59/38). Il a été invité à examiner si, compte tenu de l'application de cette convention à l'immunité de juridiction d'un État et de ses biens devant les tribunaux d'un autre État, il était nécessaire d'aborder la question de l'immunité dans le contexte de l'arbitrage, sous l'angle de l'acceptation par un État de participer à une procédure d'arbitrage et de l'exécution de sentences arbitrales à l'encontre d'un État. On a estimé que la question de l'immunité de l'État souverain devait se limiter au moment de l'exécution et on s'est inquiété de ce que des travaux sur le sujet dans le domaine de l'arbitrage puissent prêter à confusion. L'idée d'entreprendre des travaux en la matière a néanmoins été soutenue, compte tenu notamment de la multiplication des cas, dans la jurisprudence, où des États ayant participé à des procédures d'arbitrage en matière d'investissement ne se conformaient pas aux sentences arbitrales. On a également attiré l'attention sur le fait que le sujet de l'immunité de l'État souverain soulevait des questions relevant de l'ordre public qui ne se prêtaient guère à l'harmonisation.

93. Sur la question de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il a été noté que l'année 2006 marquerait le trentième anniversaire de cet instrument et qu'il était prévu que le secrétariat organise des conférences pour examiner des idées et des domaines de révision éventuelle. Si des réserves ont été exprimées sur la nécessité de réviser le Règlement dans l'immédiat, l'idée d'entreprendre ces travaux à titre prioritaire a été soutenue. On a estimé que, compte tenu de l'utilisation étendue du Règlement d'arbitrage, toute révision nécessaire serait avantageuse pour les praticiens de l'arbitrage international. À cet égard, il a été noté qu'un certain nombre d'institutions d'arbitrage avaient entrepris la révision de leur règlement d'arbitrage qui se fondait sur le Règlement de la CNUDCI. Les travaux de ces institutions pourraient être mis à la disposition du Groupe de travail en vue d'une révision éventuelle du Règlement de la CNUDCI. On a proposé, afin de faciliter davantage cette révision éventuelle, de tenir des consultations préliminaires avec des praticiens en vue de dresser une liste des sujets sur lesquels une actualisation ou une modification était nécessaire.

94. Un autre sujet proposé au Groupe de travail pour examen éventuel était la révision de l'article 27 de la Loi type sur l'arbitrage, qui permettait actuellement à un tribunal arbitral ou à une partie de demander à un tribunal étatique une assistance pour l'obtention de preuves dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, mais qui autorisait ce tribunal étatique à satisfaire à cette demande "dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves". Il a été proposé de réviser l'article 27 de sorte que le tribunal étatique soit tenu de fournir une telle assistance. Il a par ailleurs été proposé de tenir compte de l'incidence des injonctions antipoursuites sur l'arbitrage international en modifiant de manière appropriée la Loi type sur l'arbitrage. On a fait remarquer que ces injonctions avaient un effet négatif sur l'arbitrage international, en augmentant à la fois son coût et sa complexité. Il a en outre été proposé que le Groupe de travail examine les incidences de l'arbitrage sur les tiers ainsi que l'arbitrage multipartite.

95. Le Groupe de travail a pris note des propositions ci-dessus.

IX. Questions diverses

96. Le Groupe de travail a pris note des discussions du Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session (Vienne, 28 novembre-9 décembre 2005) concernant la compatibilité de la Convention de New York et de la Loi type sur l'arbitrage avec le projet d'article 83 (Conventions d'arbitrage) du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], ainsi que de la proposition de solliciter l'avis du Groupe de travail sur l'arbitrage (voir par. 101 à 103 du document A/CN.9/591).

97. En conséquence, le Groupe de travail a prié le secrétariat de convoquer un groupe conjoint informel d'experts des deux groupes de travail pour l'aider à faire d'urgence rapport sur ces questions aux prochaines sessions des deux groupes de travail.

Annexe I

Dispositions législatives révisées sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires

Chapitre IV *bis*. Mesures provisoires et injonctions préliminaires

Section 1. Mesures provisoires

Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires.

2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

Article 17 *bis*. Conditions d'octroi des mesures provisoires

1. La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 de l'article 17 convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond de la demande principale, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

2. En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'article 17, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

Section 2. Injonctions préliminaires

Article 17 *ter*. Requêtes en injonctions préliminaires et conditions d'octroi des injonctions préliminaires

1. Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête en injonction préliminaire ordonnant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.

2. Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.

3. Les conditions définies à l'article 17 *bis* s'appliquent à toute injonction préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 17 *bis* soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'injonction est prononcée ou non.

Article 17 *quater*. Régime spécifique applicable aux injonctions préliminaires

1. Immédiatement après s'être prononcé sur une requête en injonction préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête en injonction préliminaire, l'injonction préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale.

2. Concomitamment, le tribunal arbitral donne à toute partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments dès que possible.

3. Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'injonction préliminaire.

4. Une injonction préliminaire expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie contre laquelle cette injonction est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments.

5. Une injonction préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette injonction préliminaire ne constitue pas une sentence.

Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires

Article 17 *quinquies*. Modification, suspension, rétractation

Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une injonction préliminaire qu'il a accordée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

Article 17 *sexies*. Constitution d'une garantie

1. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.

2. Le tribunal arbitral exige que la partie qui requiert une injonction préliminaire constitue une garantie en rapport avec l'injonction, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile.

Article 17 *septies*. Information

1. La partie qui demande une mesure provisoire signale sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée.

2. La partie qui requiert une injonction préliminaire signale au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir l'injonction, et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'injonction a été requise ait eu la possibilité de présenter ses arguments. Par la suite, le requérant est tenu, en ce qui concerne l'injonction préliminaire, de la même obligation d'information que celle qui incombe à un demandeur en ce qui concerne une mesure provisoire en vertu du paragraphe 1 du présent article.

Article 17 *octies*. Frais et dommages

La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une injonction préliminaire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure ou l'injonction à une partie quelconque, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'injonction n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

Article 17 *novies*. Reconnaissance et exécution

1. Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur requête adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 *decies*.

2. La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure.

3. Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée, si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

Article 17 *decies*. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution*

1. La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:

i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou

ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou

iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

b) Si le tribunal constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

2. Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 1 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Article 17 *undecies*. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Le tribunal dispose, pour prononcer des mesures provisoires aux fins d'une procédure d'arbitrage qui a son lieu dans le pays du tribunal ou dans un autre pays et en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure judiciaire et en relation avec une telle procédure et il exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international.

---

* Les conditions énoncées dans l'article 17 *decies* visent à limiter le nombre de cas où le tribunal peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre inférieur de motifs de refus.

Autre disposition de la Loi type sur l'arbitrage à modifier

Paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type

2. Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État.

Annexe II

Dispositions législatives révisées sur la forme de la convention d'arbitrage

1) Projet d'article 7 révisé

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite.

3. Une convention d'arbitrage revêt la forme écrite si [ses termes sont consignés] [son contenu est consigné] sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

4. Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'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.

5. En outre, une convention d'arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel son existence est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6. La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

2) Autre proposition

Article 7. Définition de la convention d'arbitrage

Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

Autre disposition de la Loi type sur l'arbitrage à modifier

Paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type

La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction certifiée dans cette langue.

Annexe III

Projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York

"Déclaration 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

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[2] *Consciente* du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

[3] *Rappelant* les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

[4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[5] *Convaincue* que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant notamment qu'elle "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé",

[7] *Gardant à l'esprit* les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,

[8] *Tenant compte* du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,

[9] *Considérant* l'utilisation étendue du commerce électronique,

[10] *Tenant compte* d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 7, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux,

[11] *Tenant compte également* des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,

[12] *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,

[13] *Recommande* qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la Convention en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs,

[14] *Recommande* que le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de 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."

F. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-quatrième session

(A/CN.9/WG.II/WP.139) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-10	
I.	Interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York par les tribunaux étatiques	11-23	
	A. Interprétation des termes "signature" et "échange de documents"	11-15	
	Remarque générale	11	
	Exigence absolue d'une signature ou d'un échange de documents	12	
	Combinaison des deux exigences de forme	13	
	Interprétations divergentes de l'exigence de signature	14	
	Interprétations divergentes de l'exigence d'un échange de documents	15	
	B. Application d'autres principes juridiques lorsque les exigences de forme ne sont pas satisfaites	16-21	
	Prise en compte du comportement des parties ("estoppel" ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui)	16-17	
	Incorporation d'une clause compromissoire ou d'un compromis par simple référence ou du fait de relations commerciales habituelles	18-21	
	C. Nouveaux moyens de communication	22-23	
II.	Relation entre les articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York	24-34	
	A. Exigence de forme maximale ou uniforme	26-30	
	B. Régime autonome	31-33	
	C. L'article VII-1 et la référence aux conventions d'arbitrage	34	
III.	Remarques finales	35-37	
	A. Remarques générales	35-36	
	B. Projet de déclaration relative à l'interprétation de l'article VII-1 de la Convention	37	

Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460; ce document peut être consulté, de même que tous les autres documents de la CNUDCI énumérés ci-après, sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse www.uncitral.org). L'un des sujets proposés pour examen était la mesure dans laquelle il fallait moderniser la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (ci-après "la Convention de New York") dans le domaine de la formation de la convention d'arbitrage[1]. La Commission a décidé d'actualiser, dans le cadre de travaux futurs, l'article II-2[2] de la Convention de New York, lequel exige que la convention d'arbitrage soit une convention écrite définie comme "une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes"[3]. Elle a estimé que des travaux seraient peut-être nécessaires sur les deux points généraux traités dans la note du secrétariat (A/CN.9/460, par. 22 à 31), à savoir, d'une part, la prescription de la forme écrite et ses implications pour ce qui est des moyens de communication modernes et du commerce électronique, et, d'autre part, l'accord des parties à une convention d'arbitrage lorsque cette dernière n'a pas été consignée dans un échange de lettres ou de télégrammes[4]. La Commission a également fait remarquer qu'il serait peut-être nécessaire d'accorder une attention particulière à des cas concrets qui posaient des problèmes graves au regard de la Convention de New York, notamment l'acceptation tacite ou verbale d'une commande écrite ou d'une confirmation écrite de vente, un contrat conclu verbalement avec référence à des conditions générales écrites ou certaines notes de courtiers et autres instruments ou contrats qui transmettent des droits ou des obligations à des tiers non-signataires[5].

2. Divers avis ont été exprimés quant à la façon de procéder pour actualiser la Convention de New York[6], notamment: par le biais d'un protocole additionnel[7]; par

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 344.

[2] L'article II de la Convention de New York est libellé comme suit:

> *"1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.*
>
> *2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.*
>
> *3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée."*

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 344.

[4] Ibid., par. 345.

[5] Ibid., par. 346.

[6] Ibid., par. 347 à 349.

une révision indirecte de l'article II-2 en adoptant une législation type qui remplacerait cet article conformément à la disposition sur la loi la plus favorable énoncée à l'article VII-1[8] de la Convention[9]; par l'élaboration, en plus d'une telle législation type, de principes directeurs ou d'autres textes n'ayant pas force obligatoire pour aider les tribunaux étatiques à appliquer la Convention[10]; ou par la rédaction d'une nouvelle convention distincte de la Convention de New York, en vue de traiter les cas qui échappent au champ d'application de cette dernière, y compris (mais non exclusivement) les cas où la convention d'arbitrage n'a pas respecté la prescription de forme établie à l'article II-2[11].

3. La Commission a renvoyé ces questions au Groupe de travail sur l'arbitrage[12], qui les a étudiées à sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000).

4. À cette session, le Groupe de travail a débattu des différentes possibilités esquissées par la Commission, d'interpréter de manière plus large l'article II-2, soit: a) en adoptant une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de la

---

[7] Ibid., par. 347; des craintes ont été exprimées quant au statut d'un tel protocole et à la possibilité qu'une tentative de révision de la Convention de New York ne mette en danger les résultats obtenus à ce jour par cette dernière. En réponse à ces craintes, on a fait remarquer que le succès même de la Convention de New York (…) devrait permettre à la CNUDCI d'entreprendre une révision limitée du texte si cela était nécessaire pour en adapter les dispositions à l'évolution des réalités commerciales.

[8] L'article VII de la Convention de New York est libellé comme suit:

"1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention."

[9] Ibid., par. 348; on a fait remarquer qu'une telle solution ne serait envisageable que si l'article II-2 n'était plus interprété comme une règle uniforme établissant la prescription minimale de la forme écrite, mais plutôt comme énonçant la prescription de forme maximale. On a également émis l'idée que toute législation type susceptible d'être élaborée au sujet de la formation de la convention d'arbitrage pourrait comporter une disposition s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) afin d'en faciliter l'interprétation par référence à des principes internationalement acceptés (voir également par. 26 à 30 et note 59 du présent document).

[10] Ibid.

[11] Ibid., par. 349; bien que cette suggestion ait bénéficié d'une certain appui, une autre opinion était que l'expérience montrait que l'adoption et la ratification par un grand nombre de pays d'une nouvelle convention pouvaient prendre de nombreuses années et qu'il y aurait dans l'intervalle une absence d'uniformité peu souhaitable. On a indiqué que la solution proposée serait particulièrement appropriée pour traiter d'un certain nombre de cas concrets posant des problèmes sérieux au regard de la Convention de New York (voir par. 1 du présent document). Toutefois, pour une partie de ces cas (à savoir le transfert de droits ou d'obligations à des tiers non signataires), on a jugé dans l'ensemble que les problèmes en jeu relevaient de questions générales relatives à la teneur et à la validité de l'opération sous-jacente. On a par conséquent douté qu'il soit souhaitable et possible de tenter de régler ces problèmes par le biais d'un ensemble de dispositions visant avant tout la formation de la convention d'arbitrage.

[12] Ibid., par. 344 à 350 et par. 380.

Convention de New York et en indiquant, pour éviter les doutes éventuels, que l'article II-2 vise certaines situations ou devrait avoir un certain effet; b) en encourageant une interprétation plus large de la Convention de New York et en suivant pour ce faire la solution adoptée par certains tribunaux étatiques qui consiste à interpréter l'article II-2 à la lumière de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[13] (ci-après "la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage"); ou c) en élaborant un guide pratique ou des notes qui pourraient préconiser l'utilisation de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage en tant qu'outil d'interprétation susceptible de préciser l'application de l'article II-2, comme il est indiqué aux paragraphes 33 et 34 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.

5. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail s'est rangé à l'avis selon lequel du fait qu'un amendement formel de la Convention de New York ou l'élaboration d'un protocole à cette Convention risquait d'exacerber le défaut d'harmonisation actuel au niveau de l'interprétation, et que l'adoption d'un tel protocole ou d'un tel amendement par de nombreux États n'interviendrait qu'au bout d'un nombre d'années considérable, et qu'il y aurait, entre-temps, encore plus d'incertitude, cette solution était tout à fait irréaliste. Estimant que des lignes directrices sur la manière d'interpréter l'article II-2 permettraient d'assurer une interprétation uniforme répondant aux exigences du commerce international, le Groupe de travail a décidé d'étudier plus avant l'élaboration d'une déclaration ou d'une résolution interprétative relative à la Convention de New York qui donnerait une interprétation large des conditions de forme pour déterminer quelle serait la meilleure solution[14].

6. À ses trente-troisième (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000) et trente-quatrième (New York, 21 mai-1er juin 2001) sessions, le Groupe de travail a étudié un avant-projet de déclaration interprétative concernant l'article II-2[15].

7. À sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002), le Groupe de travail a été saisi du texte du projet de déclaration qu'il avait adopté à sa trente-quatrième session[16] et a réexaminé les diverses options disponibles pour parer aux difficultés auxquelles avait donné lieu dans la pratique l'application de l'article II-2 avant de passer à l'examen du projet révisé de déclaration.

8. Le Groupe de travail a longuement examiné les divers arguments présentés à l'appui des propositions d'amendement de la Convention de New York et d'adoption de la déclaration interprétative[17]. Il a reconnu qu'il ne pouvait, à ce stade, parvenir à un consensus sur le point de savoir s'il convenait d'élaborer un protocole portant modification de la Convention de New York ou une déclaration l'interprétant, et qu'il devrait se ménager ou ménager à la Commission la possibilité de réexaminer les deux options à un stade ultérieur. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile dans l'intervalle d'offrir des lignes directrices concernant l'interprétation et

---

[13] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 36, et note 9.

[14] A/CN.9/468, par. 88 à 99.

[15] A/CN.9/485, par. 60 à 77, et A/CN.9/487, par. 42 à 63, respectivement; le dernier projet de déclaration examiné par le Groupe de travail se trouve dans le document A/CN.9/508, par. 41.

[16] A/CN.9/508, par. 41.

[17] Ibid., par. 42 à 48.

l'application de l'exigence de forme posée dans des dispositions de la Convention de New York, en vue de parvenir à plus d'uniformité. Le guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de texte modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, que le secrétariat avait été prié d'élaborer et de lui soumettre ultérieurement pour examen, pourrait utilement contribuer à la réalisation de cet objectif en établissant une "passerelle" entre les nouvelles dispositions de la Loi type et la Convention de New York, en attendant que le Groupe de travail ait pris une décision finale concernant la meilleure manière de traiter la question de l'application de l'article II-2[18].

9. Bien qu'aucun membre ne se soit opposé à cette façon de procéder, la crainte a été exprimée qu'en cherchant simplement à régler la question dans un guide pour l'incorporation de la nouvelle version de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage on ne préjuge la question de l'éventuelle élaboration d'un protocole portant modification de la Convention de New York. Soulever des questions ayant trait à la Convention de New York dans un guide pour l'incorporation, c'est-à-dire dans un texte secondaire, ayant une valeur juridique incertaine, concernant une nouvelle disposition de la Loi type, qui n'avait elle-même pas force obligatoire, serait contre-productif. On a déclaré qu'il serait préférable de laisser complètement de côté les questions soulevées par l'interprétation de l'exigence de forme des dispositions de la Convention de New York. Le Groupe de travail a pris note de ces observations[19].

10. L'examen de la manière dont les tribunaux étatiques ont défini ce qui constitue une convention écrite dans la Convention de New York peut aider à mettre en évidence les divergences d'interprétation entre les juridictions au sujet de la forme des conventions d'arbitrage. La présente note examine comment les tribunaux ont interprété les exigences de forme de l'article II-2 et étudie la mesure dans laquelle l'article VII-1 de la Convention de New York peut contribuer à moderniser cette exigence pour les conventions d'arbitrage.

I. Interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York par les tribunaux étatiques

A. Interprétation des termes "signature" et "échange de documents"

Remarque générale

11. L'article II-1 de la Convention de New York impose aux États contractants de reconnaître une "convention écrite". L'article II-2 définit ce terme en prévoyant deux possibilités de satisfaire à l'exigence d'"écrit", que l'on désigne aussi comme "l'exigence de forme": la convention se présente comme une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis qui doivent soit être signés par les parties soit être contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. En imposant soit une signature soit un échange de documents, l'exigence de forme garantit que le consentement des parties à l'arbitrage sera expressément consigné.

---

[18] Ibid., par. 49.
[19] Ibid., par. 50.

Exigence absolue d'une signature ou d'un échange de documents

12. Dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux étatiques ont appliqué à la lettre l'exigence définie par l'article II-2 et accordé l'*exequatur* à des sentences arbitrales uniquement lorsque le contrat contenant la clause compromissoire ou le compromis était signé par les parties[20] ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes[21]. Dans une série d'affaires, les tribunaux étatiques ont impérativement exigé une acceptation expresse soit par signature soit par échange de documents des deux parties[22]. Toutefois, le principe ne semblait pas exiger que la clause compromissoire soit approuvée séparément par écrit[23] ou que les parties

---

[20] Norvège, Cour d'appel de Halogaland, 16 août 1999 (Stockholm Arbitration Report (1999), vol. 2, at 121): *la cour a estimé qu'un contrat conclu par un échange de courriels faisant référence à la charte-partie GENCON n'était pas constitutif d'une convention d'arbitrage écrite au sens de l'article II-2 de la Convention de New York. Elle a conclu que les courriels échangés, avec la copie de la charte-partie GENCON, qui n'était pas signée, ne répondaient pas aux "exigences fondamentales de protection juridique prévues par la Convention"*; Pays-Bas, Tribunal de première instance de Dordrecht, North American Soccer League Marketing, Inc. (États-Unis d'Amérique) c. Admiral International Marketing and Trading BV (Pays-Bas) et Frisol Eurosport BV (Pays-Bas), 18 août 1982 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 490); Allemagne, Tribunal régional supérieur du Brandebourg, 13 juin 2002 (n° 8, Sch 2/01); Espagne, Tribunal suprême, Delta Cereales España SL (Espagne) c. Barredo Hermanos SA, 6 octobre 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 854): *l'exécution de la sentence arbitrale a été refusée au motif que le document fourni par les parties, contenant la clause compromissoire, n'était pas signé*.

[21] Pays-Bas, Cour d'appel de Hertogenbosh, Sneek Hardhout Import BV (Pays-Bas) c. Karl Schlueter KG (GmbH & Co) (Allemagne), 14 juillet 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 643): *une convention d'arbitrage contenue dans les conditions générales du contrat, signée par une partie et envoyée par télécopie à l'autre partie, qui a signé et renvoyé le document par télécopie, a été considérée comme valide*; Autriche, Cour suprême, 22 mai 1991 (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relation avec l'article V-1, une juridiction a estimé que l'exécution pouvait être refusée (sur demande de la partie s'y opposant) si les exigences de forme "figurant exclusivement et de manière exhaustive à l'article II-2" n'étaient pas satisfaites*; États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Sen Mar, Inc. c. Tiger Petroleum Corporation, 1991 (774 F Supp. 879): *le tribunal a décidé qu'une clause compromissoire n'était exécutoire en vertu de la Convention de New York que si elle se trouvait dans un document écrit signé ou dans un échange de lettres; il n'y avait en l'espèce pas de convention exécutoire car la convention d'arbitrage figurait seulement dans un télex que l'autre partie contestait dans sa totalité*.

[22] États-Unis, Tribunal de district pour le district ouest de Washington, Richard Bothell et Justin Bothell, d/b/a Atlas Technologies et Atlas Bimetals Labs Inc. c. Hitachi Zosen Corp *et al.*, 19 mai 2000 (97 F Supp 2d 1048): *le tribunal a considéré que rien, dans les commandes ou dans tout autre document échangé entre les parties, n'indiquait qu'une convention d'arbitrage avait été conclue*.

[23] Italie, Cour suprême, Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH (Allemagne) c. Bristol Myers Squibb (Italie), 10 mars 2000 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 816): *la cour a déclaré qu'il n'était pas nécessaire que la clause compromissoire soit approuvée séparément par écrit, mais qu'elle était valide lorsqu'elle était contenue dans un document signé par les deux cocontractants: "à partir du moment où il est clair que les parties doivent signer la clause compromissoire et que leur intention manifeste de porter le litige devant des arbitres doit apparaître sans ambiguïté, il s'ensuit qu'une clause compromissoire n'est pas valide lorsqu'elle figure (...) dans les documents (...) signés par le vendeur étranger et n'apparaît pas dans le document (...) par lequel l'acheteur a accepté l'offre du vendeur"*.

en discutent expressément[24]. Au moins une juridiction a conclu qu'on ne pouvait déroger à l'exigence de forme, même dans les situations où le fait de considérer qu'une convention d'arbitrage ne respectait pas cette exigence serait contraire aux principes de bonne foi[25]. Cette exigence a prévalu sur des exigences plus ou moins strictes des lois nationales (voir ci-dessous, par. 32)[26].

Combinaison des deux exigences de forme

13. Les tribunaux étatiques ont non seulement dans les situations où les deux parties avaient signé le même document[27] conclu à l'existence d'une signature mais aussi lorsque les deux exigences de forme étaient combinées, reconnaissant la validité d'une convention d'arbitrage lorsque les deux parties avaient satisfait soit à l'obligation de signature ou soit à celle de l'échange mais non lorsqu'une seule partie satisfaisait à l'exigence de forme écrite[28]. En se fondant sur le principe que les parties doivent convenir mutuellement de se soumettre à l'arbitrage, soit par une signature soit par un échange de documents, les tribunaux ont généralement exclu les conventions d'arbitrage verbales[29], même si elles étaient confirmées par l'autre

---

[24] Corée, Cour suprême, Kukje Sangsa Co Ltd (Corée) c. GKN International Trading (Londres) Ltd (Royaume-Uni), 10 avril 1990 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 568): *la cour a estimé que l'exigence de forme de l'article II-2 était satisfaite lorsqu'un contrat de vente avait été conclu par l'acceptation de commandes conformément aux conditions y stipulées qui comprenaient une clause compromissoire; la cour a rejeté l'argument du défendeur selon lequel cette clause n'avait pas été acceptée parce qu'elle était imprimée en plus petits caractères que les autres conditions et qu'elle n'avait pas été discutée par les parties*.

[25] Italie, Cour suprême, Robobar Limited (Royaume-Uni) c. Finncold sas (Italie), 28 octobre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 739): *l'argument selon lequel il serait contraire à la bonne foi de contester la validité de la clause compromissoire a été rejeté au motif qu'on ne pouvait déroger aux exigences de forme*.

[26] Autriche, Cour suprême, 22 mai 1991 (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relation avec l'article V-1, une juridiction a estimé que l'exécution pouvait être refusée (sur demande de la partie s'y opposant) si l'exigence de l'écrit figurant "exclusivement et de manière exhaustive à l'article II-2" n'était pas satisfaite*; Allemagne, Tribunal régional supérieur de Schleswig, 30 mars 2000 (16 SchH 05/99): *le tribunal a déclaré que l'article II-2 prévalait sur toute loi nationale pour les exigences de forme et que le principe de l'interprétation autonome signifiait que la loi nationale ne pouvait être appliquée à l'interprétation et à la portée de la convention d'arbitrage*; Suisse, Tribunal fédéral, compagnie d'assurance (Suède) c. compagnie de réassurance (Suisse), 21 mars 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), p. 800): *le tribunal a déclaré que les exigences de forme devaient être exclusivement déterminées par l'article II-2, qui devait être interprété de manière indépendante, sans l'assistance du droit national*; Allemagne, Tribunal régional supérieur de Cologne, 22 juin 1999 (9 Sch 08/99): *le tribunal a estimé que l'exigence de forme de l'article II-2 était remplie lorsque les parties signaient un contrat contenant une clause compromissoire*.

[27] Autriche, Cour suprême, 21 février 1978, 3 Ob 120/77, SZ 51/18 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 418).

[28] Autriche, Cour suprême, 7 novembre 1979 (OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160); Italie, Cour suprême, Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panama) c. Montedipe SpA (Italie), 28 mars 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 562): *la cour a estimé qu'un contrat de vente verbal et un connaissement comprenant une clause compromissoire envoyée par une partie sans être signé ne satisfaisaient pas à l'exigence de forme de l'article II-2 de la Convention de New York*.

[29] Italie, Cour suprême, Marc Rich & Co AG c. Societa Italiana Impianti SpA, 25 janvier 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 554, et décision de la Cour de justice des

partie par écrit ou même s'il y avait ensuite comparution des deux parties devant l'arbitre[30], acceptation tacite[31] ou exécution du contrat[32]. De même, ils n'ont pas reconnu l'existence d'une convention d'arbitrage par utilisation régulière préalable des conditions générales du commerce[33].

Interprétations divergentes de l'exigence de signature

14. L'exigence de signature de l'article II-2 n'a pas été interprétée de manière uniforme par les tribunaux étatiques. Des interprétations divergentes sont données à cet égard dans des décisions des tribunaux des États-Unis, qui ont estimé, dans certaines affaires, que l'exigence de signature ou d'échange de l'article II-2 s'appliquait uniquement à une convention d'arbitrage distincte d'un contrat et non à une clause compromissoire insérée dans un contrat[34]. Selon cette interprétation,

---

Communautés européennes en date du 25 juillet 1991, p. 233): *le contrat a été conclu par un échange de télex; étant donné qu'Impianti n'a pas répondu à un télex ultérieur de Marc Rich prévoyant des conditions supplémentaires au contrat, y compris une clause compromissoire, et ne l'a pas accepté, la cour a déclaré qu'il n'y avait pas de preuve d'une convention d'arbitrage mutuelle écrite et donc que les juridictions italiennes avaient compétence pour connaître de l'affaire; la cour a considéré qu'"en ce qui concerne les clauses compromissoires d'arbitrage étranger, la forme écrite est toujours exigée conformément à la Convention de New York".*

30 Allemagne, Tribunal régional supérieur de Düsseldorf, 1971 (Yearbook Commercial Arbitration II (1977), p. 237).

31 Allemagne, Tribunal régional supérieur de Rostock, 22 novembre 2001 (1 Sch 03/2000); Italie, Cour suprême, Marc Rich & Co AG c. Societa Italiana Impianti SpA, 25 janvier 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 554).

32 Italie, Cour suprême, Robobar Limited (Royaume-Uni) c. Finncold sas (Italie), 28 octobre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 739).

33 Pays-Bas, Cour d'appel de La Haye, James Allen (Irlande) Ltd c. Marea Producten B.V. (Pays-Bas), 17 février 1984 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 485): *les parties avaient effectué au moins 25 opérations selon les conditions habituelles comprenant une clause compromissoire; la dernière opération, qui faisait l'objet du litige, ne se référait pas à ces conditions et la cour a décidé que l'utilisation régulière préalable des conditions générales du commerce (contenant une clause compromissoire) ne pouvait pas être constitutive d'une convention d'arbitrage exécutoire dans un cas où ces conditions générales n'avaient pas expressément été mentionnées; la cour a déclaré que l'exigence d'une "convention écrite" visée dans la Convention de New York excluait la possibilité d'invoquer une telle utilisation continue.*

34 États-Unis, Cour d'appel du cinquième circuit, Sphere Drake Insurance plc c. Marine Towing, Inc., 23 mars 1994 (16 F 3d 666, Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 937): *cette affaire concernait un contrat d'assurance qui n'avait pas été signé par la partie assurée. Celle-ci soutenait que, parce qu'elle n'avait pas signé le contrat, il n'existait pas de "convention écrite" au sens de la Convention de New York; pour être exécutoire en vertu de cette convention, soit le contrat contenant la clause compromissoire devait être signé par les parties soit les parties devaient démontrer y avoir consenti par un échange de correspondance. La cour a rejeté cette interprétation et décidé que la définition d'une "convention écrite" dans la Convention de New York comprenait soit 1) une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit 2) un compromis a) signé par les parties ou b) contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes. En prenant sa décision, la cour a cité, tout en refusant de la suivre, la décision du* tribunal de district pour le district sud de New York, Sen Mar, Inc. c. Tiger Petroleum Corporation, 1991 (774 F Supp. 879), *qui avait une interprétation opposée de l'article II-2.*
L'interprétation donnée dans l'affaire Sphere Drake a été suivie dans l'affaire Stony Brook Marine Transportation Corporation c. Leslie Wilton, Compagnie d'assurances maritimes aériennes et terrestres et Lev A. Osman, 1996, 94 CV 5880 (JS) *portant sur une clause*

l'article II-2 prévoirait deux régimes séparés, l'un étant "une clause compromissoire insérée dans un contrat" et l'autre "un compromis a) signé par les parties ou b) contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes". Ce raisonnement a par la suite été repris dans une décision de première instance où le tribunal a estimé que des commandes non signées valaient "clause compromissoire insérée dans un contrat" et que, de ce fait, elles n'étaient pas soumises à l'exigence de signature ou d'échange[35]. Il doit cependant être noté que cette interprétation a été infirmée en appel[36], et n'a pas été largement suivie aux États-Unis ni par les tribunaux d'autres États. Dans d'autres affaires, les tribunaux étatiques ont affirmé que la définition d'une "convention écrite" exigeait qu'une telle convention, qu'elle prenne la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis, soit signée par les parties ou contenue dans une série de lettres ou de télégrammes échangés par les parties[37].

---

compromissoire contenue dans un certificat d'assurance émis après le sinistre et non signée par l'assuré, mais mentionnée dans une note de couverture écrite préparée par le mandataire de l'assuré et signée par l'assureur. Cette interprétation semble également avoir influencé le tribunal de district du Minnesota dans l'affaire Polytek Engineering c. Jacobson Companies et Jacobson Inc., 1997, 984 F Supp. 1238 *(bien qu'il n'ait pas explicitement fait référence à l'affaire, le tribunal est parvenu à la conclusion qu'une commande non signée qui mentionnait deux fois un contrat annexé contenant une clause compromissoire, lequel avait été exécuté partiellement par la partie essayant de se soustraire à l'arbitrage, remplissait l'exigence de forme écrite).*

[35] États-Unis, tribunal de district, Kahn Lucas Lancaster Inc. c. Lark International Ltd, 11 août 1997 (n° 95 CIV 10506): *le tribunal a suivi* l'arrêt Sphere Drake Insurance plc c. Marine Towing Inc., *et refusé de suivre* la décision Sen Mar Inc. c. Tiger Petroleum Corp.: *l'affaire portait sur des commandes exécutées par le défendeur sans qu'ils les ait signées; le tribunal a considéré qu'"une clause compromissoire dans un contrat suffit pour faire jouer la Convention de New York; une "convention écrite" n'a pas nécessairement à être signée par les parties ou à être contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes du moment que le tribunal est, d'une autre manière, en mesure de constater une clause compromissoire dans un contrat". Cette interprétation de l'article II-2 a été infirmée en appel (voir note 36 ci-dessous).*

[36] États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Kahn Lucas Lancaster Inc. c. Lark International Ltd, 29 juillet 1999 (186 F 3d 210): *la cour a déclaré que la définition d'une "convention écrite" exigeait qu'une telle convention, qu'elle prenne la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit signée par les parties ou contenue dans une série de lettres ou de télégrammes échangés par les parties.*

[37] *Ce raisonnement en appel a été suivi dans des affaires ultérieures par le* tribunal de district du Connecticut dans Coutinho Caro & Co USA Inc. c. Marcus Trading Inc., 14 mars 2000, Judy Tien Lo c. Aetna International, 2000, WL 565465 et par le tribunal de district pour le district sud de la Californie dans Chloe Z Fishing Co., Inc. c. Odyssey Re (Londres) Ltd, 29 avril 2000 (109 F Supp 2d 1236): *le tribunal a noté les différentes interprétations et exprimé sa préférence pour celle de l'arrêt Kahn Lucas, 1999 (par rapport à l'arrêt Sphere Drake, 1994), notant cependant que les faits dans l'affaire Kahn Lucas ne pouvaient être transposés à l'espèce. Un certain nombre d'autres affaires ont expressément suivi l'interprétation donnée dans l'arrêt Kahn Lucas*: le tribunal de district pour le district ouest de Washington, dans Bothell et Bothell c. Hitachi Rosen Corporation, 19 mai 2000 (97 F Supp 2d 1048), *a rejeté une demande de suspension de l'instance en se fondant sur une interprétation très restrictive de l'échange; le raisonnement dans l'arrêt Kahn Lucas a également été mentionné par le* tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine, dans l'affaire XL Insurance Ltd c. Owens Corning, 28 juillet 2000, 2 Lloyd's Rep 500 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 869).

Interprétations divergentes de l'exigence d'un échange de documents

15. L'exigence d'un échange de documents entre les parties n'a pas été interprétée de manière uniforme par les tribunaux étatiques. Certains ont donné au mot "échange" un sens strict signifiant que la partie ayant reçu le document contenant la clause compromissoire ou le compromis devait le renvoyer à la partie qui l'avait initialement envoyé[38]. Conformément à cette tendance jurisprudentielle, l'exigence qu'il y ait un "échange" et donc une offre écrite de contrat contenant une clause compromissoire ou de compromis et une acceptation écrite a exclu un grand nombre de situations[39]. Dans d'autres affaires, une référence faite à la clause compromissoire ou au compromis dans une correspondance ultérieure émanant de la partie à laquelle la clause ou le compromis avaient été envoyés a été considérée comme suffisante pour satisfaire à l'exigence de forme de l'article II-2[40].

B. Application d'autres principes juridiques lorsque les exigences de forme ne sont pas satisfaites

Prise en compte du comportement des parties ("estoppel" ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui)

16. La question s'est posée de savoir si, lorsqu'une partie agissait expressément au titre d'une convention d'arbitrage sans s'y opposer, il lui était par la suite interdit, pour des raisons de bonne foi, d'invoquer la non-conformité de cette convention à l'exigence de la forme écrite énoncée à l'article II-2. Aucune solution dominante ne ressort de la jurisprudence.

17. Dans un certain nombre de décisions, des juridictions étatiques ont reconnu une convention d'arbitrage en l'absence d'un écrit compte tenu du comportement des parties, soit en se référant aux principes du droit interne des contrats[41], soit en considérant que la formule souple "ne seront refusées" employée à l'article V-1 laissait une certaine marge de manœuvre aux tribunaux pour déterminer si une convention d'arbitrage avait été valablement conclue[42]. De même, un tribunal étatique a estimé que l'absence de forme écrite était réparée par le fait de participer à l'arbitrage sans s'y opposer[43]. Les limites de l'application de ce principe étaient

---

[38] Italie, Cour d'appel de Naples, 1974 (Yearbook Commercial Arbitration I (1976), affaire n° 11, p. 193).

[39] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 12.

[40] Italie, Cour d'appel de Florence, 1977 (Yearbook Commercial Arbitration IV (1979), affaire n° 29, p. 289).

[41] État-Unis, Cour d'appel du septième circuit, Mary D. Slaney (États-Unis) c. International Amateur Athletic Federation (Monaco), 27 mars 2001 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 1091): *la Cour a déclaré que les personnes non signataires d'une convention d'arbitrage pouvaient néanmoins être liées conformément aux principes ordinaires régissant les contrats et les mandats, notamment le principe de l'estoppel*.

[42] Hong Kong, Cour suprême, China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch (République populaire de Chine) c. Gee Tai Holdings Co Ltd, 13 juillet 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 671): *la Cour suprême a analysé la doctrine de l'estoppel et a estimé qu'elle était inhérente à la Convention de New York*.

[43] Grèce, Cour d'appel d'Athènes, société grecque c. société ouest-allemande, décision n° 4458 (1984) (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), p. 638): *l'absence de forme écrite était*

cependant moins claires, certaines décisions judiciaires laissant entendre que les actes liés à l'exécution devaient se référer directement à la convention d'arbitrage ou permettre à un tribunal étatique de déduire qu'une partie souhaitait accepter la convention d'arbitrage[44].

Incorporation d'une clause compromissoire ou d'un compromis par simple référence ou du fait de relations commerciales habituelles

18. La Convention de New York n'a pas traité la question de la reconnaissance d'une clause compromissoire ou d'un compromis qui ne satisfait pas à l'exigence de forme, mais qui se trouve incorporé dans un contrat ou un échange de lettres ou de télégrammes par simple référence.

19. S'agissant de l'incorporation par référence, certaines juridictions étatiques ont estimé que l'article II-2 exigeait une référence à la convention d'arbitrage dans le contrat principal[45], à moins que les parties n'entretiennent des relations d'affaires suivies[46]. Dans le cas d'une relation continue, une clause compromissoire a été considérée comme incorporée par référence, même si l'autre partie n'en avait pas reçu les termes exacts, au motif qu'elle était présumée avoir connaissance de ladite clause[47].

---

réparée par le fait de participer à l'arbitrage sans s'y opposer; la Cour est arrivée à cette conclusion en appliquant le droit interne régissant les procédures d'arbitrage (sans se référer à l'article VII-1 de la Convention de New York).

[44] Espagne, Tribunal suprême, Delta Cereales España SL (Espagne) c. Barredo Hermanos SA (Espagne), 6 octobre 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 854): *l'interprétation du tribunal vise à déterminer, à partir des communications et des actes des parties, si celles-ci souhaitaient inclure la clause compromissoire dans leur contrat ou, de façon générale, soumettre leur litige à l'arbitrage. Cependant, en l'espèce, ni les documents fournis par Delta ni ceux fournis par Barredo ne contenaient de clause compromissoire satisfaisant aux exigences de l'article II-2, car ils n'étaient pas signés par l'autre partie*; Suisse, Cour d'appel de Genève, C Import and Export Company (République populaire de Chine) c. G SA (Suisse), 11 décembre 1997 (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), p. 764): *la Cour a déclaré que la Convention de New York autorisait, outre les actes écrits et signés, ceux dont la forme était moins rigoureuse mais qui étaient acceptés en vertu des usages commerciaux des parties.*

[45] Italie, Cour suprême, Molini Lo Presti SpA (Italie) c. Continentale Italiana SpA (Italie), 2 mars 1996 (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), p. 734): *la référence, dans un contrat, à une clause compromissoire contenue dans un accord type a été jugée suffisante pour que ladite clause soit incorporée par référence.*

[46] France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 660): *un échange de télex faisant référence à la "pratique courante dans l'industrie", au "contrat standard", et à la "pratique dans le commerce international" constituait une preuve du consentement à recourir à l'arbitrage*; Allemagne, Tribunal régional supérieur de Bavière, 17 septembre 1998 (4 Z Sch 01/98): *un contrat de vente signé par les parties qui incorporait expressément les "conditions imprimées au verso", lesquelles prévoyaient une clause compromissoire, satisfaisait à l'exigence de forme énoncée à l'article II-2 puisqu'il ne faisait pas référence à un document séparé.*

[47] Allemagne, Schleswig, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99: *il a été estimé qu'un contrat faisant référence aux conditions générales figurant au verso d'un contrat type utilisé par les parties depuis plusieurs années satisfaisait à l'exigence de forme écrite, même si le verso du contrat n'était jamais parvenu à l'autre partie*; Suisse, Tribunal fédéral, Tradax Export S.A. (Panama) c. Amoco Iran Oil Company (États-Unis), 7 février 1984 (Yearbook Commercial Arbitration XI

20. Dans un certain nombre d'affaires, des juridictions ont adopté une interprétation encore plus large, en estimant qu'il pouvait y avoir incorporation par référence même si la clause compromissoire ne figurait pas dans le contrat principal, pour autant qu'il existe une référence écrite au document contenant la clause et que la partie à laquelle elle était opposée ait connaissance de la teneur du document au moment de la conclusion du contrat et ait accepté l'incorporation du document au contrat[48]. Dans une autre affaire, notant que la Convention de New York confortait

---

(1986), p. 532): *le Tribunal a déclaré que l'article II-2 était muet sur la question de l'incorporation par référence et qu'il n'y avait pas de solution harmonisée à la question; une charte-partie contenait une clause compromissoire valable et la question était de savoir si la clause compromissoire était aussi incorporée, par référence à la charte-partie, dans le connaissement; cette affaire concernait des sociétés commerciales bien établies qui étaient rompues à l'utilisation des conditions types des chartes-parties; le Tribunal a donc conclu que, le connaissement se référant à l'ensemble des clauses et des conditions contenues dans la charte-partie, qui comprenait aussi la clause compromissoire, et eu égard à l'expérience des parties concernées, on pouvait présumer que le défendeur (du groupe Amoco) avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des différents aspects relatifs au contrat de transport; le Tribunal a estimé que la clause compromissoire était par conséquent valable.*

[48] France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 11 octobre 1989 (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), p. 447): *la Cour a déclaré que, même si la Convention de New York n'excluait pas la reconnaissance d'une convention d'arbitrage incorporée par référence, l'article II-2 exigeait que "l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux"*; France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 660): *la Cour, sans se référer à la Convention de New York, a déclaré ce qui suit: "en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat"*; Australie, Cour suprême du Queensland, Division de la Cour d'appel, 27 juin 2000, Austin John Montague c. Commonwealth Development Corporation (Royaume-Uni), appel n° 8159 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 744): *la Cour suprême du Queensland a estimé que la signature de l'acte de mission dans le cadre d'une procédure d'arbitrage CCI valait convention écrite;* États-Unis, Tribunal de district pour le district est de New York, Stony Brook Marine Transportation Corp c. Leslie Wilton *et al. (1996): il a été estimé que, dans le contexte des coutumes et pratiques de l'assurance maritime, la note de couverture, rédigée par le mandataire d'une partie et signée par le mandataire de l'autre partie, qui se référait à une clause compromissoire, incorporait ladite clause par référence*; Espagne, Tribunal suprême, Consmaremma (Italie) c. Hermanos Madrid SA (Espagne), 20 février 2001 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 858): *une confirmation de vente contenant une clause compromissoire CCI et une référence à un formulaire contenant lui aussi une telle clause n'était signée que par une partie. Le Tribunal suprême a estimé que la Convention de New York était applicable et que les exigences de l'article II-2 étaient satisfaites du fait qu'il ressortait du contrat initial contenant une clause compromissoire et d'un contrat ultérieur que les parties avaient l'intention de recourir à l'arbitrage pour tout litige s'élevant en rapport avec leur contrat.* Suisse, Tribunal fédéral, G S.A. (Suisse) c. T Ltd (Royaume-Uni), 12 janvier 1989 (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), p. 509): *une convention issue d'un échange de documents écrits n'avait pas besoin de mentionner la clause compromissoire et une référence générale à un contrat contenant une clause compromissoire a été jugée suffisante pour satisfaire*

une politique énergique tendant à favoriser les procédures arbitrales par rapport aux procédures judiciaires, et que cette politique s'appliquait avec une force particulière dans le domaine du commerce international, une juridiction a déclaré que, même si les parties n'avaient pas signé de convention d'arbitrage, l'incorporation par référence de la clause compromissoire dans des lettres qu'elles avaient échangées était suffisante[49].

21. Dans d'autres affaires, des juridictions étatiques ont estimé que la référence ne devait pas nécessairement se rapporter expressément à la clause compromissoire mais pouvait aussi porter sur l'ensemble du contrat, pour autant que les parties aient la possibilité de consulter les conditions générales, c'est-à-dire lorsque celles-ci étaient imprimées au verso ou étaient connues des parties en raison de leurs relations d'affaires régulières, ou lorsque les parties auraient dû avoir connaissance du document en vertu des usages du commerce[50]. Dans certaines affaires, l'incorporation par référence avait été rejetée au motif qu'en vertu de la pratique commerciale habituelle la référence n'était pas explicite ou était ambiguë. Dans d'autres affaires, on a estimé que si une convention d'arbitrage était incorporée dans un document et s'il était démontré que les parties étaient liées par un contrat, qui contenait les clauses de ce document, aucune preuve supplémentaire de la convention d'arbitrage n'était nécessaire[51].

---

l'exigence de forme énoncée à l'article II-2.

[49] États-Unis, Cour d'appel du troisième circuit, 20 juin 2003, n° 02-2169 (Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004), p. 978).

[50] Suisse, Cour d'appel de Bâle-Campagne, DIETF Ltd c. RF AG, 5 juillet 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 685): *un vendeur avait envoyé à un acheteur une confirmation contenant une référence aux conditions commerciales générales figurant au verso, lesquelles prévoyaient une clause compromissoire; l'acheteur a répondu par télécopie en se référant à la confirmation et a formulé certaines demandes concernant le conditionnement des marchandises, etc.; la Cour a estimé que les conditions de forme énoncées à l'article II-2 étaient satisfaites, en déclarant que l'acceptation écrite n'avait pas besoin de se référer expressément à la clause compromissoire mais pouvait concerner le contrat dans son ensemble.*

[51] Royaume-Uni, Cour d'appel, Zambia Steel & Building Supplies Ltd. c. James Clark & Eaton Ltd, 16 mai 1986 ((1986) 2 Lloyd's Rep. 225): *la Cour, se référant à la loi sur l'arbitrage de 1975 (English Arbitration Act), a déclaré que "dès lors qu'il est établi que l'acceptation des conditions écrites ne doit pas nécessairement être contenue dans la convention écrite, mais qu'elle peut être démontrée par d'autres preuves, (...) toute preuve démontrant que la partie a consenti à être liée par une convention [d'arbitrage] (...) contenue dans un ou plusieurs documents suffit pour que ce ou ces documents vaillent convention [d'arbitrage] sous forme écrite (...)". Ce raisonnement a été suivi dans une décision* du Tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine dans l'affaire Abdullah M Fahem and Co (Yémen) c. Mareb Yemen Insurance Co et Tomen (Royaume-Uni) Ltd (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) p. 789) *où la suspension d'une procédure judiciaire avait été demandée sur le fondement d'une convention d'arbitrage; le Tribunal a cité la loi de 1975 qui, selon lui, donnait un sens très large au terme "écrit", plus large encore que le sens prévu à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage mais qu'il a néanmoins jugé conforme à l'article II-2; le Tribunal a estimé que, si une convention d'arbitrage était incorporée à un document et s'il était établi que les parties étaient liées par un contrat comprenant les clauses de ce document, aucune preuve supplémentaire de la convention d'arbitrage n'était nécessaire.*

C. Nouveaux moyens de communication

22. La référence expresse aux “lettres” et aux “télégrammes” à l’article II-2 conduit à se demander si les nouveaux moyens de créer et d’enregistrer des communications (autres que les lettres et les télégrammes) seraient considérés comme satisfaisant aux exigences de forme de l’article II-2. La majorité des juridictions étatiques ont donné une réponse affirmative à cette question concernant les télex[52] et les télécopies[53]. Une juridiction a déclaré que l’article II-2 ne pouvait pas avoir pour objet d’exclure toutes les autres formes de communication écrite régulièrement utilisées en affaires[54]. Dans certains cas, des juridictions étatiques ont estimé que, même si l’exigence de forme signifiait que la convention d’arbitrage devait exister sous forme écrite, il suffisait que cette convention soit contenue dans un document constituant une preuve écrite et une confirmation de la volonté commune des parties[55].

23. Dans une autre affaire, une juridiction étatique a estimé que l’article II-2 devait être interprété et appliqué au regard des exigences moins restrictives de l’article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage et de l’article 178 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé[56]. Elle a déclaré qu’eu égard aux moyens de communication modernes les écrits non signés occupaient une place de plus en plus grande et l’exigence de signature perdait de son importance et que, dans certains cas, un comportement déterminé pouvait, en vertu des règles de la bonne foi, remplacer l’exigence de la forme écrite. Cette interprétation n’a pas été universellement acceptée et au moins un tribunal étatique a considéré qu’un échange

---

[52] États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Oriental Commercial and Shipping Co Ltd (Arabie saoudite) et Oriental Commercial and Shipping Co (Royaume-Uni) Ltd (Royaume-Uni) c. Rosseel N.V. (Belgique), 4 mars 1985 (609 F Supp 75); France, Cour d’appel de Paris, Bomar Oil NV c. ETAP, 20 janvier 1987 (1987, rev. arb. 482); Suisse, Tribunal fédéral, G.S.A. c. T. Ltd, 12 janvier 1989 (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990)); Italie, Tribunal de Savone, Dimitros Varverakis c. Companis de Navigacion Artico SA, 26 mars 1981 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Autriche, Cour suprême, 2 mai 1972 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Suisse, Tribunal fédéral, Tracomin SA c. Sudan Oil Seeds Co, 1987 (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987)).

[53] États-Unis, Cour d’appel du deuxième circuit, Titan Inc c. Guangzhou Zhen Hua Shipping Co Ltd, 15 février 2001 (241 F 3d 135); Allemagne, Tribunal régional supérieur de Hambourg, 30 juillet 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXV (2000), p. 714): *le Tribunal a estimé qu’eu égard aux avancées technologiques les télex et les télécopies, à l’instar des télégrammes, devaient être traités comme des lettres au sens de l’article II-2;* Suisse, Tribunal fédéral, Tracomin S.A. (Suisse) c. Sudan Oil Seeds Co Ltd (Royaume-Uni), 5 novembre 1985 (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987), p. 511): *Le Tribunal a estimé que des télex et des lettres tendant au règlement de litiges par arbitrage et que la désignation d’un arbitre par télex satisfaisaient à l’exigence de forme de l’article II-2.*

[54] États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de la Californie, Chloe Z Fishing Co Inc *et al.* c. Odyssey Re (Londres) Ltd (2000) (109 F Supp 2d 1236).

[55] Suisse, Cour d’appel de Bâle, DIETF Ltd c. RF AG (1994).

[56] Suisse, Tribunal fédéral, Compagnie de Navigation de Transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995) BGE 121 III 38, ASA Bulletin 3/1995 503: *l’article 178 de la Loi fédérale sur le droit international privé dispose ce qui suit: “Quant à la forme, la convention d’arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d’en établir la preuve par un texte (...)”.*

de courriers électroniques ne satisfaisait pas à l'exigence de forme énoncée à l'article II-2[57].

II. Relation entre les articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York

24. La Convention de New York a été décrite comme tendant à "favoriser l'exécution" du fait qu'elle vise à encourager l'exécution des sentences dans le plus grand nombre possible de cas. Cet objectif a été atteint, sur la base de l'article VII-1, par la suppression dans les lois nationales des conditions de reconnaissance et d'exécution plus strictes que celles de la Convention de New York, et par le maintien des dispositions nationales qui accordent des droits spéciaux ou plus favorables à une partie cherchant à se prévaloir d'une sentence (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 21).

25. Dans la mesure où de nombreuses lois nationales réglementent aussi la validité formelle de la convention d'arbitrage, les juridictions étatiques ont dû déterminer comment de telles règles nationales s'articulent avec les exigences de forme énoncées à l'article II-2. La question de savoir si les juridictions étatiques peuvent appliquer leurs lois plus libérales en vertu de l'article VII-1 à la place des conditions plus strictes de la Convention de New York soulève plusieurs problèmes.

A. Exigence de forme maximale ou uniforme

26. Le premier problème est de savoir si la Convention de New York doit être interprétée comme établissant une exigence de forme unifiée que doivent respecter les conventions d'arbitrage entrant dans son champ d'application[58] ou si l'article II-2 de la Convention établit une exigence de forme maximale (laissant

---

[57] Norvège, Cour d'appel de Halogaland, 16 août 1999 (Stockholm Arbitration Report (1999), vol. 2, at 121): *la Cour a estimé qu'un contrat conclu par un échange de courriers électroniques faisant référence à la charte-partie GENCON n'était pas constitutif d'une convention d'arbitrage écrite au sens de l'article II-2 de la Convention de New York. Elle a conclu que les courriers électroniques échangés, ainsi que la copie jointe de la charte-partie GENCON, qui n'était pas signée, ne remplissaient pas les "exigences fondamentales de protection juridique énoncées par la Convention".*

[58] Suisse, Tribunal fédéral, Tradax Export S.A. (Panama) c. Amoco Iran Oil Company (États-Unis), 7 février 1984 (Yearbook Commercial Arbitration XI (1986), p. 532), et Suisse, Tribunal fédéral, Tracomin S.A. (Suisse) c. Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (Royaume-Uni), 5 novembre 1985 (Yearbook Commercial Arbitration, XII (1987), p. 511): *dans ces affaires, le Tribunal a souligné le caractère de règle uniforme de l'article II en déclarant qu'il prévoyait des règles d'application uniforme qui, là où la Convention était applicable, remplaçaient la loi nationale;* Allemagne, Tribunal régional supérieur de Schleswig, 30 mars 2000, 16 SchH 05/99: *l'article II-2 prime sur toute loi interne en ce qui concerne les conditions de forme et le principe de l'interprétation autonome veut que la loi interne, qu'elle soit plus ou moins stricte que l'article II-2 concernant les exigences de forme, ne peut être appliquée pour interpréter la convention d'arbitrage ou en définir la portée.*

ainsi les États libres d'adopter des conditions moins strictes)[59] (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 21 et 22).

27. De nombreuses législations internes adoptent une interprétation plus large des conditions énoncées à l'article II-2. De plus, dans certains cas, des juridictions étatiques ont effectivement préféré appliquer la loi nationale au lieu de la Convention de New York pour valider une clause compromissoire[60], et un certain nombre de décisions judiciaires ont validé, sur le fondement de l'article VII-1, une convention d'arbitrage en vertu de la loi interne, convention qui n'aurait pas été considérée comme valable en vertu la Convention de New York[61]. Dans une affaire, le tribunal étatique a estimé "que les principes ordinaires régissant les contrats déterminent quand les parties sont liées par une disposition d'arbitrage écrite en l'absence de signature"[62]. Dans une autre affaire, la juridiction a exécuté une sentence arbitrale en se fondant sur l'article VII-1 de la Convention de New York car les exigences de forme énoncées à l'article II-2 n'étaient pas remplies[63].

---

[59] Allemagne, Cour d'appel de Cologne, acheteur danois c. vendeur allemand, 16 décembre 1992 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 535): *la Cour a déclaré que l'article II-2 n'énonce pas de règle uniforme, comme on peut le déduire de l'article VII-1 de la Convention. (Voir aussi la note 8 du présent document.)*

[60] Pays-Bas, Tribunal de première instance de Rotterdam, 28 septembre 1995, Petrasol BV (Pays-Bas) c. Stolt Spur Inc. (Libéria) (Yearbook Commercial Arbitration XXII, p. 762 à 765): *le tribunal a affirmé que "les dispositions de la Convention de New York (en particulier l'article II) n'empêchent pas l'application de l'article 1074 du Code de procédure civile néerlandais, du fait de l'application par analogie de la disposition sur la loi la plus favorable prévue à l'article VII de la Convention"*; Inde, Haute Cour de Delhi, 15 octobre 1993 (affaire n° 1440 de 1990 et I.A n° 5206 de 1990, D – 15-10-1993), Gas Authority of India, Ltd c. SPIE-CAPAG, SA (France), Nippon Kokan Corporation (Japon), Toyo Engineering Corporation (Japon), Chambre de commerce internationale (Yearbook Commercial Arbitration XXIII, p. 688 à 712): *la Cour a affirmé que "les parties à une convention d'arbitrage commercial international peuvent demander l'exécution d'une sentence arbitrale en se fondant sur la loi interne au lieu de la Convention, même si elles peuvent être convenues d'exécuter la convention d'arbitrage en vertu de l'article II de la Convention. Lorsque la convention d'arbitrage ne donne pas lieu à une sentence susceptible d'exécution en vertu de la Convention, celle-ci peut toujours être exécutée en vertu de la loi interne parallèle, la "Indian Arbitration Act" (loi indienne sur l'arbitrage)*; France, Cour de cassation, Bomar Oil NV (Antilles néerlandaises) c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières, 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) p. 660); France, Cour d'appel de Versailles, Bomar Oil NV (Antilles néerlandaises) c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières, 23 janvier 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 488 à 490): *la question a été abordée dans l'arrêt Bomar Oil rendu en 1987 par la Cour d'appel de Paris, où il a été estimé que l'article II-2 de la Convention de New York exprimait "une règle matérielle qui doit être appliquée à tous les cas". Cette décision a ensuite été annulée par la Cour de cassation, mais le problème n'a pas été abordé directement*.

[61] Allemagne, Cour fédérale de justice, 25 mai 1970 (Yearbook Commercial Arbitration 1977, p. 237); Pays-Bas, Cour d'appel de La Haye, Owerri commercial Inc. (Panama) c. Dielle Srl. (Italie), 4 août 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XIX, p. 703).

[62] États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Beromun Aktiengesellschaft c. Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 3 avril 1979 (41 F Supp 1163).

[63] Allemagne, Tribunal régional supérieur de Cologne (1992) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p.535).

28. Dans un certain nombre d'affaires d'arbitrage international, des juridictions étatiques ont cité la Convention de New York mais ont par la suite appliqué des principes juridiques internes à la question de savoir si la convention d'arbitrage était valable et exécutoire[64].

29. Les juridictions étatiques n'ont pas toujours considéré que la Convention de New York primait sur le droit interne, et certains tribunaux ont appliqué la loi interne sans se référer à l'article VII-1 de la Convention[65], estimant que, si une convention d'arbitrage devait revêtir une forme écrite, la signature n'était pas

---

[64] États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Beromun Aktiengesellschaft c. Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 3 avril 1979 (41 F Supp 1163); États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Genesco Inc c. Kakiuchi & Co, 1er avril 1987 (815 F 2d 840): *des tribunaux ont suivi une approche semblable, en appliquant le droit interne, dans les affaires suivantes:* affaire Jamaica Commodity Trading Company Limited c. Connell Rice & Sugar Co, Inc., Tribunal de district pour le district sud de New York, 24 mai 1985, (85 Civ 1210) *où le Tribunal a décidé que, si la convention d'arbitrage devait être écrite pour être exécutée, il n'y avait pas d'exigence de signature;* affaire Astor Chocolate Corporation c. Mikroverk Ltd, 20 janvier 1989 (704 F Supp 30 (EDNY)), *où le tribunal de district pour le district est de New York a estimé que, si la loi fédérale régissait la question du champ d'application d'une clause compromissoire, la loi étatique régissait celle de savoir si la clause faisait ou non partie du contrat*; affaire Progressive Casualty Insurance Co. c. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela (1993) (991 F Supp 2d 42), *où la Cour d'appel du deuxième circuit n'a pas tenu compte de la Convention de New York et, ne se référant qu'à la jurisprudence interne, a conclu qu'en vertu de la législation de New York la convention d'arbitrage s'imposait aux parties du fait de son incorporation par référence*; affaire Overseas Cosmos Inc c. NR Vessel Corp (1997) (97 Civ 5898), *où le Tribunal de district pour le district sud de la Californie a fait référence à l'affaire Genesco (1987) et a estimé qu'il était bien établi qu'une partie pouvait être liée par une convention d'arbitrage même sans l'avoir signée. À défaut de signatures, les principes ordinaires régissant les contrats déterminaient si les parties étaient liées par la convention.* Royaume-Uni, Division du Banc de la Reine, XL Insurance Ltd c. Owens Corning, 28 juillet 2000 (2 Lloyd's Rep 500, Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 869); Royaume-Uni, Cour d'appel, Zambia Steel & Building Supplies Ltd c. James Clark & Eaton Ltd, 16 mai 1986 ((1986) 2 Lloyd's Rep. 225): *la Cour, se référant à la loi sur l'arbitrage de 1975 (English Arbitration Act) a déclaré que "dès lors qu'il est établi que l'acceptation des conditions écrites ne doit pas nécessairement être contenue dans la convention écrite, mais qu'elle peut être démontrée par d'autres preuves, (...) toute preuve démontrant que la partie a consenti à être liée par une convention [d'arbitrage] (...) contenue dans un ou plusieurs documents suffit pour que ce ou ces documents vaillent convention [d'arbitrage] sous forme écrite (...)". Ce raisonnement a été suivi dans une décision* du Tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine dans l'affaire Abdullah M Fahem and Co (Yémen) c. Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (Royaume-Uni) Ltd (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), p. 789) *où la suspension d'une procédure judiciaire a été demandée sur le fondement d'une convention d'arbitrage; le Tribunal a cité la loi de 1975 qui, selon lui, donnait un sens très large au terme "écrit", plus large encore que le sens prévu à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage mais qu'il a néanmoins jugé conforme à l'article II-2; le Tribunal a estimé que, si une clause compromissoire était incorporée à un document et s'il était établi que la partie était liée par une convention comprenant les clauses de ce document, aucune preuve supplémentaire de la convention d'arbitrage n'était nécessaire.*

[65] France, Cour de cassation, Société Brittania c. Société Jézéquel et Maury, 15 juillet 1987, (Rev. arb. 1990, p. 627); France, Cour d'appel de Paris, Société Abilio Rodriguez c. Société Vigelor (1990) (Rev. arb. 1990, p. 691): *la Cour a appliqué le droit interne pour valider une clause compromissoire incorporée par référence dans une lettre de confirmation de vente émise par un courtier.*

exigée, et qu'à défaut de signature les principes ordinaires s'appliquant aux contrats régiraient la question de savoir si les parties étaient ou non liées par une telle convention[66]. Un certain nombre de juridictions étatiques ont donc conclu qu'une incorporation spécifique par référence à une clause compromissoire satisferait à l'exigence de forme en vertu des principes établis par la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[67], des principes juridiques internes[68] ou de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage[69]. Au moins une juridiction a estimé qu'une convention d'arbitrage existait, bien qu'aucune des parties n'ait signé de contrat écrit, "cette pratique étant courante dans le secteur d'activité concerné"[70].

30. Une autre zone d'incertitude, là où les juridictions étatiques ont appliqué des lois internes au lieu de la Convention de New York pour déterminer la validité d'une convention d'arbitrage, concerne la désignation de la loi applicable à cette question. Les solutions des tribunaux sont variées. La validité formelle de la convention d'arbitrage serait déterminée par application de la règle uniforme énoncée à l'article II-2 tandis que sa validité matérielle pourrait, en vertu de l'article V-1 a) de la Convention de New York, être déterminée conformément à la législation interne. Dans certaines affaires, des juridictions étatiques n'ont pas fait de distinction entre l'exigence de forme (écrite) pour la validité de la convention d'arbitrage régie par la Convention de New York et les exigences de fond régies par la législation interne, et ont appliqué cette dernière à ces deux types d'exigence[71]. D'autres juridictions

---

[66] États-Unis, Tribunal de district pour le district est de New York, Astor Chocolate Corporation c. Mikroverk Ltd (1989) (704 F Supp 30 (EDNY)); États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de la Californie, Overseas Cosmos Inc. c. NR Vessel Corp (1997) 97 Civ 5898 où le Tribunal *s'est référé à l'affaire Genesco* (1987); France, Cour de cassation, Bomar Oil N.V. (Antilles néerlandaises) c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières ETAP (Tunisie), 9 novembre 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 660).

[67] États-Unis, Tribunal de district pour le district sud de New York, Filanto SpA c. Chilewich International Corp., 14 avril 1992 (789 F Supp 1229, Yearbook Commercial Arbitration XVIII (1993), p. 530): *le Tribunal a déclaré que tout litige soumis à la Convention de New York, qu'il soit porté devant un tribunal étatique ou fédéral, devait être réglé sur la base de cet instrument; il a toutefois ajouté que, dans leur interprétation de l'exigence de la forme écrite, les tribunaux étaient généralement partis du libellé simple de la Convention de New York qu'ils avaient ensuite appliqué à la lumière de la loi fédérale, qui consistait en des principes généralement acceptés du droit des contrats; il a refusé cependant d'appliquer le Code de commerce uniforme mais a appliqué la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).*

[68] États-Unis, Cour d'appel du septième circuit, Mary D. Slaney (États-Unis) c. International Amateur Athletic Federation (Monaco), 27 mars 2001 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 1091); États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Square c. Bombay, 23 août 1999.

[69] Hong Kong, Haute Cour, Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp c. Sulanser Company Ltd, 6 avril 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 546): *la Cour a estimé que la définition de la forme écrite à l'article II-2 n'était pas exclusive et n'empêchait pas d'appliquer l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.*

[70] France, Cour d'appel de Paris, SARL Centro Stoccaggio Grani c. SA Granit, 8 juin 1995, (Rev. Arb. 89).

[71] Suisse, Tribunal fédéral, Compagnie de navigation de transports SA c. MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995) BGE 121 III 38 (ASA Bulletin 3/1995 503): *le Tribunal a estimé que l'article II-2 devait être interprété et appliqué à la lumière des exigences moins restrictives de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage et de l'article 178 de la Loi*

étatiques ont estimé que la validité des conventions d'arbitrage devait être déterminée par la loi du pays où la sentence était rendue, à défaut d'accord entre les parties[72].

B. Régime autonome

31. La question de savoir si les dispositions de la Convention de New York pouvaient être combinées avec les dispositions de la législation interne a été posée, principalement en ce qui concerne l'application de l'article II-2 de la Convention.

32. Certaines juridictions étatiques ont estimé que la Convention de New York était un régime autonome et ont décidé qu'il serait contraire à l'intention des auteurs de cet instrument qu'une sentence rendue sur la base d'une convention non conforme à ses exigences bénéficie néanmoins de son régime. Selon ce point de vue, l'article VII-1 n'autoriserait pas une partie à combiner les dispositions de la Convention de New York avec celles de la loi interne concernant l'exécution d'une sentence étrangère. On a estimé qu'il fallait se fonder soit sur la Convention de New York, soit sur le droit interne[73].

33. D'autres juridictions étatiques en revanche ont conclu que la Convention de New York ne contenait aucune disposition empêchant d'utiliser certaines de ses dispositions conjointement avec d'autres, plus libérales, du droit interne[74].

---

fédérale suisse sur le droit international privé. Il a déclaré qu'eu égard aux moyens de communication modernes les écrits non signés jouaient un rôle significatif et l'exigence de signature perdait de son importance. Dans certains cas, un comportement déterminé pouvait, en vertu des règles de la bonne foi, remplacer l'exigence de la forme écrite; Italie, Cour suprême, Lanificio Walter Banci SaS (Italie) c. Bobbie Brooks Inc (États-Unis) (1980) (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981), p. 233): *la Cour a discuté de la relation entre l'article II et l'article V dans une procédure d'*exequatur *et a conclu qu'en cas d'exécution l'article V et non l'article II était applicable; partant, elle a estimé que la forme écrite de la clause compromissoire était conforme à la loi interne applicable, déclarant qu'en vertu de l'article V-1 a) la validité de la convention d'arbitrage devait être déterminée par la loi du pays où la sentence avait été rendue, à défaut d'accord entre les parties; la Cour n'a pas déterminé si la convention d'arbitrage était conforme à l'article II; cette position a été d'une certaine manière confirmée dans un arrêt de la* Cour suprême italienne dans l'affaire Conceria G De Maio & F snc (Italie) c. EMAG AG (Suisse) (1995) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 602): *la Cour a estimé que, dans une procédure d'*exequatur, *l'article V et non l'article II s'appliquait et que la validité de la clause compromissoire devait être établie en vertu de la loi applicable*.

[72] Italie, Cour suprême, Lanificio Walter Banci SaS (Italie) c. Bobbie Brooks Inc. (États-Unis), 15 avril 1980 (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981), p. 233); Italie, Cour suprême, Conceria G De Maio & F snc (Italie) c. EMAG AG (Suisse), 20 janvier 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 602); Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panama) c. Montipe SpA (Italie) (1991) (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), p. 562).

[73] Allemagne, Tribunal régional supérieur de Cologne, acheteur danois c. vendeur allemand, 16 décembre 1992 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 535).

[74] Allemagne, Tribunal régional supérieur de Hamm, 2 novembre 1983 (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), p. 629): *le Tribunal a appliqué simultanément les dispositions du nouveau Code de procédure civile allemand et de la Convention de New York à l'exécution d'une sentence étrangère*; Pays-Bas, Tribunal de première instance de Rotterdam, Isaac Glecer

C. L'article VII-1 et la référence aux conventions d'arbitrage

34. La question est aussi de savoir si l'article VII-1, qui s'applique à l'exécution des sentences arbitrales peut aussi s'appliquer aux conventions d'arbitrage. Certaines juridictions étatiques ont appliqué la loi interne pour régler la question de la force obligatoire d'une convention d'arbitrage et ont donc considéré que l'article VII-1, dont le libellé fait référence à l'exécution des sentences arbitrales, devait être interprété comme s'appliquant aussi aux conventions d'arbitrage[75].

III. Remarques finales

A. Remarques générales

35. De grandes divergences d'interprétation entre les juridictions étatiques subsistent concernant l'exigence de forme énoncée à l'article II-2. Des interprétations différentes et parfois contradictoires ont été données, en particulier, au terme "signature", à la question de savoir si l'exigence de signature s'applique aussi bien à la clause compromissoire contenue dans un contrat qu'au compromis et à ce qu'il faut entendre par "échange de lettres ou de télégrammes". Les différences d'interprétation judiciaire de l'exigence de forme et la tendance à contourner cette exigence en se référant à d'autres règles de droit risquent de compromettre les principes de la Convention de New York et l'harmonisation du droit en matière de reconnaissance et d'exécution des conventions d'arbitrage.

36. Les tribunaux, dans de nombreux États, ont exprimé une position claire sur les circonstances dans lesquelles l'article VII-1 peut s'appliquer pour valider des conventions d'arbitrage qui autrement ne rempliraient pas l'exigence de forme énoncée à l'article II-2, mais cette position diffère d'un État à l'autre. L'avantage d'appliquer l'article VII-1 serait d'éviter l'application de l'article II-2 et, du fait que les États adopteraient des dispositions plus favorables sur l'exigence de forme pour les conventions d'arbitrage, de permettre l'élaboration de règles en faveur de la validité des conventions d'arbitrage dans un plus large éventail de situations. Le fait d'encourager une adoption large par les États de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, actuellement en cours de révision par le Groupe de travail, pourrait être un moyen utile de parvenir à une plus grande uniformité concernant l'exigence de forme, ce qui répondrait mieux aux besoins de l'arbitrage moderne.

(Israël) c. Moses Asrael Glecer et Estera Glecer-Nottman (Belgique), 24 novembre 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 635): *le Tribunal a accordé l'*exequatur, *ayant constaté, entre autres, que l'article 1076 du Code de procédure civile néerlandais s'appliquait à l'exécution en vertu de l'article VII-1 de la Convention de New York*.

[75] États-Unis, Cour d'appel du deuxième circuit, Genesco, Inc c. Kakiuchi & Co., 1er avril 1987 (815 F 2d 840); Royaume-Uni, Tribunal commercial de la Division du Banc de la Reine, XL Insurance Ltd c. Owens Corning, 28 juillet 2000, 2 Lloyd's Rep 500 (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 869).

B. Projet de déclaration relative à l'interprétation de l'article VII-1 de la Convention

37. Comme il a été indiqué plus haut (par. 24 à 34), il existe des zones d'incertitude concernant l'application de l'article VII-1. Eu égard aux travaux actuels du Groupe de travail sur l'article II-2 et sur le projet de disposition type portant modification de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'élaboration de principes directeurs sur l'article VII-1 de la Convention de New York serait également utile pour assurer une plus grande uniformité d'application. La déclaration interprétative de l'article VII-1 de la Convention de New York pourrait être libellée comme suit:

"Déclaration relative à l'interprétation de l'article VII-1 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[2] *Consciente* du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

[3] *Rappelant* les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

[4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[5] *Convaincue* que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé",

[7] *Gardant à l'esprit* les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,

[8] *Tenant compte* de l'article VII-1 de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,

[9] *Considérant* l'utilisation étendue du commerce électronique,

[10] *Tenant compte* d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux,

[11] *Tenant compte également* des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,

[12] *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,

[13] *Recommande* que l'article VII-1 de la Convention soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de 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."

G. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-quatrième session

(A/CN.9/WG.II/WP.141) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-3	
I.	Proposition concernant la forme sous laquelle les dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires pourraient être présentées dans la Loi type	4	
II.	Notes concernant la forme sous laquelle les dispositions législatives relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires pourraient être présentées dans la Loi type	5-15	
Annexe	Tableau de correspondance		

Introduction

1. À sa quarante-deuxième session (New York, 10-14 janvier 2005), le Groupe de travail a prié le secrétariat de se pencher sur la question de la forme sous laquelle les dispositions législatives relatives aux mesures provisoires conservatoires et aux injonctions préliminaires pourraient être présentées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("la Loi type") et de soumettre d'éventuelles variantes que le Groupe de travail examinerait à une session future (A/CN.9/573, par. 99).

2. À sa quarante-troisième session (Vienne, 3-7 octobre 2005), le Groupe de travail est convenu de placer les dispositions législatives relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires dans un nouveau chapitre de la Loi type, numéroté IV *bis*, et a prié le secrétariat de préparer une version révisée des dispositions en tenant compte de la suggestion de restructurer les dispositions en regroupant les paragraphes qui abordaient les mêmes questions dans différents articles (A/CN.9/589, par. 106).

3. Pour faciliter la reprise des discussions, la présente note contient une proposition concernant la forme sous laquelle les dispositions législatives relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires pourraient être présentées dans la Loi type.

I. Proposition concernant la forme sous laquelle les dispositions législatives relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires pourraient être présentées dans la Loi type

4. Le texte ci-après contient une proposition de présentation du projet de dispositions législatives relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires, à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires et aux mesures provisoires prononcées par un tribunal. Les modifications apportées à la version antérieure figurant dans l'annexe du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-troisième session (annexe du document A/CN.9/589) sont soulignées dans le texte ci-dessous. D'autre part, on trouvera également en annexe un tableau comparatif indiquant la correspondance entre la numérotation des articles dans la version précédente et dans le nouveau texte proposé.

Chapitre IV *bis*. Mesures provisoires et injonctions préliminaires

Section I – Mesures provisoires

Article 17 – Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires.

2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

Article 17 *bis* – Conditions d'octroi de mesures provisoires

1. La partie demandant la mesure provisoire en vertu des alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 de l'article 17 convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que

subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond de la demande principale, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

2. En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'article 17, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 de cet article ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

Section 2. – Injonctions préliminaires

Article 17 *ter* – Requêtes en injonctions préliminaires

1. Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête en injonction préliminaire ordonnant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.

2. Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.[]

3. Les conditions définies à l'article 17 *bis* s'appliquent à toute injonction préliminaire [], pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 17 *bis* soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'injonction est prononcée ou non.

Article 17 *quater* – Régime spécifique applicable aux injonctions préliminaires

1. Immédiatement après s'être prononcé sur une requête en injonction préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête en injonction préliminaire, l'injonction préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale.

2. Concomitamment, le tribunal arbitral donne à une partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments dès que possible.

3. Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'injonction préliminaire.

4. Une injonction préliminaire [] expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie contre laquelle cette injonction est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments;

5. Une injonction préliminaire [] s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette injonction préliminaire ne constitue pas une sentence.

Section 3 – Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires

Article 17 *quinquies* – Modification, suspension, rétractation

Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une injonction préliminaire qu'il a accordée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

Articles 17 *sexies* – Constitution d'une garantie par le tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure [].

2. Le tribunal arbitral exige que la partie qui requiert une injonction préliminaire constitue une garantie en rapport avec l'injonction [], sauf s'il le juge inapproprié ou inutile.

Article 17 *septies* – Information

1. La partie qui demande une mesure provisoire signale sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée.

2. La partie qui requiert une injonction préliminaire signale au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir l'injonction [], et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'injonction a été requise ait eu la possibilité de présenter ses arguments. Par la suite, le requérant est tenu, en ce qui concerne l'injonction préliminaire, de la même obligation d'information que celle qui incombe à un demandeur en ce qui concerne une mesure provisoire en vertu du paragraphe 1 du présent article.

Article 17 *octies* – Frais et dommages

La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une injonction préliminaire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure ou l'injonction à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'injonction n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

Section 4 – Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

Article 17 *novies* – Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

1. Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral,

est exécutée sur requête adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 *novies*.

2. La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure.

3. Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée, si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

Article 17 *decies* – Motifs de refuser la reconnaissance ou l'exécution de mesures provisoires*

1. La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:

i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou

ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou

iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

b) Si le tribunal constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

2. Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 1 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

---

* Les conditions énoncées dans l'article 17 ***novies*** visent à limiter le nombre de cas où le tribunal peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre inférieur de motifs de refus.

Section 5 – Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Article 17 *undecies* – Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Le tribunal dispose, pour prononcer des mesures provisoires aux fins d'une procédure d'arbitrage qui a son lieu dans le pays du tribunal ou dans un autre pays et en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure judiciaire et en relation avec une telle procédure et il exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international. []

II. Notes concernant la forme sous laquelle les dispositions législatives relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires pourraient être présentées dans la Loi type

Structure des dispositions

5. Comme convenu par le Groupe de travail, les dispositions relatives aux mesures provisoires, aux injonctions préliminaires, à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ainsi qu'aux mesures provisoires ordonnées par un tribunal sont placées dans un nouveau chapitre, numéroté chapitre IV *bis* (A/CN.9/589, par. 105). Comme l'a suggéré le Groupe de travail, on a restructuré les dispositions en regroupant par articles les paragraphes consacrés à des questions similaires (A/CN.9/589, par. 106). Des titres de section ont été ajoutés de manière à rendre plus claire la structure proposée du texte révisé. Cette structure a l'avantage de présenter logiquement les dispositions, et évite de créer un article sur les mesures provisoires d'une longueur disproportionnée par rapport aux autres articles de la Loi type.

Article 17 *bis*, paragraphe 1 b)

6. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "de la demande principale" ont été ajoutés après le mot "fond", de manière à préciser qu'il peut s'agir d'examiner le fond de la demande principale et non de la mesure provisoire demandée. Le fait de préciser que ce que l'on examine est la demande principale découlant du litige peut limiter les discussions inutiles sur le point de savoir s'il existe une possibilité raisonnable de succès concernant l'octroi de la mesure provisoire (ou de l'injonction préliminaire en vertu du paragraphe 3 de l'article 17 *ter*). La possibilité raisonnable de succès quant au fond de la demande sera toutefois évaluée différemment en raison des différentes informations mises à la disposition du tribunal arbitral aux différentes étapes de la procédure arbitrale, depuis le moment où la requête en injonction préliminaire est présentée jusqu'au moment où le prononcé de la mesure provisoire est discuté *inter partes*.

Article 17 *ter*, paragraphe 1

7. Dans la version anglaise du texte, le mot "file", au paragraphe 1 de l'article 17 *ter*, a été remplacé par le mot "make". Le Groupe de travail voudra

peut-être examiner si ce terme dénote une condition plus neutre en ce qui concerne la requête en injonction préliminaire.

Article 17 *ter*, paragraphe 2 – Article 17 *quater*, paragraphe 5

8. Les mots “cette injonction préliminaire ne constitue pas une sentence” ont été supprimés du paragraphe 2 de l’article 17 *ter* et insérés au paragraphe 5 de l’article 17 *quater*, étant donné que ce paragraphe traite de la nature et de l’effet d’une injonction préliminaire.

Article 17 *ter*, paragraphe 3

9. Le paragraphe 3 de l’article 17 *ter* dispose que les conditions définies à 17 *bis* (pour les mesures provisoires) s’appliquent également aux injonctions préliminaires. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la version révisée proposée de ce paragraphe apporte des éclaircissements sur la manière dont l’article 17 *bis* doit être appliqué dans le contexte des injonctions préliminaires, à savoir que le préjudice à évaluer dans ce contexte est le préjudice qui sera causé si l’injonction préliminaire n’est pas prononcée, et non celui qui sera causé si la mesure provisoire n’est pas accordée.

Article 17 *septies*, paragraphe 2

10. L’article indéfini “une”, devant le mot “partie”, a été remplacé par l’article défini “la”, par souci de cohérence avec le paragraphe 1 du même article.

Article 17 *decies*

11. Une note de bas de page a été ajoutée au titre de l’article 17 *decies* (elle se rattachait précédemment au paragraphe 1 de l’article 17 *bis*, tel qu’il figure à l’annexe du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-troisième session (annexe du document A/CN.9/589)). Cette note porte sur les motifs de refuser la reconnaissance et l’exécution, et a donc trait au contenu de l’article 17 *decies*.

Article 17 *undecies*

Emplacement

12. En adoptant l’article 17 *undecies*, les États voudront peut-être examiner où le placer car, du fait qu’il traite des mesures provisoires ordonnées par une juridiction étatique, il s’insérerait peut-être difficilement dans un chapitre consacré principalement aux mesures provisoires accordées par des tribunaux arbitraux.

13. Parmi les options à examiner, une possibilité serait de placer l’article 17 *undecies* après l’article 9 de la Loi type, qui traite des mesures provisoires prises par un tribunal. Toutefois, comme l’article 9 figure au chapitre II de la Loi type, qui porte sur la définition et la forme de la convention d’arbitrage, cette option pourrait ne pas être jugée appropriée. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une note relative à l’article 17 *undecies* devrait attirer l’attention des États sur la question de l’emplacement de cet article dans la partie la plus appropriée de leur législation. Une telle note pourrait être rédigée comme suit:

> "En adoptant l'article 17 *undecies*, les États voudront peut-être envisager de regrouper cette disposition avec d'autres dispositions de la législation relatives à certaines fonctions d'aide à l'arbitrage et de supervision assurées par des tribunaux ou une autre autorité."

Référence au paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type

14. À sa quarante-troisième session, le Groupe de travail a noté que, du fait que la disposition sur les mesures provisoires ordonnées par un tribunal était destinée à s'appliquer indépendamment du pays dans lequel l'arbitrage avait lieu, elle devait être ajoutée à la liste des articles figurant au paragraphe 2 de l'article premier. Cet article dispose que, s'agissant des articles indiqués, la Loi type, telle qu'adoptée dans un État donné, s'appliquerait même si le lieu de l'arbitrage n'était pas situé sur le territoire de cet État (A/CN.9/589, par. 101 à 103). Il a été suggéré aussi qu'une référence aux articles 17 *novies* et 17 *decies* (qui traitent de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires et des motifs de les refuser) soit incluse dans la liste des articles faisant exception, et le texte du paragraphe 2 de l'article premier serait alors le suivant:

> "Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État."

15. L'inclusion de tous les articles faisant exception dans le paragraphe 2 de l'article premier, qui définit le champ d'application territorial de la Loi type, semble fournir une approche plus simple et plus commode pour l'utilisateur que la mention de l'exception dans chacun des articles révisés. Compte tenu de cette approche, les mots "Le présent article s'applique nonobstant les dispositions du paragraphe 2 de l'article premier", qui figurent à la fin de l'article 17 *ter* de la version antérieure (contenu à l'annexe du document A/CN.9/589) ont été supprimés.

Annexe

Tableau de correspondance

Dispositions relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires figurant dans l'annexe du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/CN.9/589)	*Dispositions nouvellement révisées relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires figurant dans la présente note*
Article 17-1	Article 17-1
Article 17-2	Article 17-2
Article 17-3	Article 17 *bis*-1
Article 17-4	Article 17 *bis*-2
Article 17-5	Article 17 *sexies*-1
Article 17-6	Article 17 *septies*-1
Article 17-7	Article 17 *quinquies*
Article 17-8	Article 17 *octies*
Article 17-9 a)	Article 17 *ter*-1
Article 17-9 b)	Article 17 *ter*-3
Article 17-9 c)	Article 17 *ter*-2
Dernière phrase de l'alinéa c)	Article 17 *quater*-5
Article 17-9 d)	Article 17 *quater*-1
Article 17-9 e)	Article 17 *quater*-2
Article 17-9 f)	Article 17 *quater*-3
Article 17-9 g)	Article 17 *quater*-4
Article 17-9 h)	Article 17 *sexies*-2
Article 17-9 i)	Article 17 *septies*-2
Article 17-9 j)	Article 17 *quater*-5
Article 17 *bis*-1	Article 17 *novies*-1
Note de bas de page relative à l'article 17 *bis*-1	Note de bas de page relative à l'article 17 *decies*
Article 17 *bis*-2	Article 17 *decies*-1
Article 17 *bis*-3	Article 17 *decies*-2
Article 17 *bis*-4	Article 17 *novies*-2
Article 17 *bis*-5	Article 17 *novies*-3
Article 17 *ter*	Article 17 *undecies*
Dernière phrase de l'article 17 *ter*	Article 1-2

H. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires

(A/CN.9/605) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-3	
I.	Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires	4	
II.	Remarques sur le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires	5-22	
	Remarques sur la section 1 – Mesures provisoires	5-9	
	Remarques sur la section 2 – Injonctions préliminaires	10-16	
	Remarques sur la section 4 – Reconnaissance et exécution des mesures provisoires	17-21	
	Remarques sur la section 5 – Mesures provisoires ordonnées par un tribunal	22	
III.	Modification du paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage	23	
IV.	Texte explicatif	24	

Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission a décidé que la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires devrait être l'un des thèmes que le Groupe de travail devrait aborder en priorité[1].

2. Le Groupe de travail a examiné l'élaboration éventuelle de textes harmonisés sur les mesures provisoires ou conservatoires à ses trente-deuxième (Vienne, 20-31 mars 2000)[2], trente-troisième (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000)[3], trente-quatrième (New York, 21 mai-1er juin 2001)[4], trente-sixième (New York, 4-8 mars 2002)[5], trente-septième (Vienne, 7-11 octobre 2002)[6], trente-huitième (New York, 12-16 mai 2003)[7], trente-neuvième (Vienne, 10-14 novembre 2003)[8],

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 371 à 373 et par. 380.
[2] A/CN.9/468, par. 60 à 87.
[3] A/CN.9/485, par. 78 à 106.
[4] A/CN.9/487, par. 64 à 87.
[5] A/CN.9/508, par. 51 à 94.
[6] A/CN.9/523, par. 15 à 80.
[7] A/CN.9/524, par. 15 à 78.
[8] A/CN.9/545, par. 19 à 112.

quarantième (New York, 23-27 février 2004)[9], quarante et unième (Vienne, 13-17 septembre 2004)[10], quarante-deuxième (New York, 10-14 janvier 2005)[11], quarante-troisième (Vienne, 3-7 octobre 2005)[12] et quarante-quatrième (New York, 23-27 janvier 2006)[13] sessions.

3. À sa quarante-quatrième session, le Groupe de travail est convenu que les dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires devraient être placées dans un nouveau chapitre, le chapitre IV *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage")[14].

I. Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires

4. Le chapitre IV *bis* sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires que le Groupe de travail a adopté à sa quarante-quatrième session[15] est libellé comme suit:

Chapitre IV *bis*. Mesures provisoires et injonctions préliminaires

Section 1. Mesures provisoires

Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires.

2) Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

---

[9] A/CN.9/547, par. 12 à 116.
[10] A/CN.9/569, par. 12 à 68.
[11] A/CN.9/573, par. 11 à 95.
[12] A/CN.9/589, par. 11 à 107.
[13] A/CN.9/592, par. 12 à 45 et annexe I.
[14] Ibid., par. 14.
[15] Ibid., par. 12 à 45 et annexe I.

Article 17 *bis*. Conditions d'octroi des mesures provisoires

1) La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 de l'article 17 convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond de la demande principale, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

2) En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'article 17, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

Section 2. Injonctions préliminaires

Article 17 *ter*. Requêtes en injonctions préliminaires et conditions d'octroi des injonctions préliminaires

1) Sauf convention contraire des parties, une partie peut présenter, sans le notifier à aucune autre partie, une demande de mesure provisoire ainsi qu'une requête en injonction préliminaire ordonnant à une partie de ne pas compromettre la mesure provisoire demandée.

2) Le tribunal arbitral peut prononcer une injonction préliminaire à condition qu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure.

3) Les conditions définies à l'article 17 *bis* s'appliquent à toute injonction préliminaire, pourvu que le préjudice à évaluer en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 17 *bis* soit le préjudice qui sera probablement causé selon que l'injonction est prononcée ou non.

Article 17 *quater*. Régime spécifique applicable aux injonctions préliminaires

1) Immédiatement après s'être prononcé sur une requête en injonction préliminaire, le tribunal arbitral notifie à toutes les parties la demande de mesure provisoire, la requête en injonction préliminaire, l'injonction préliminaire éventuellement prononcée et toutes autres communications y afférentes, entre une partie quelconque et le tribunal, y compris en indiquant le contenu de toute communication orale.

2) Concomitamment, le tribunal arbitral donne à toute partie contre laquelle une injonction préliminaire est dirigée la possibilité de présenter ses arguments dès que possible.

3) Le tribunal arbitral se prononce rapidement sur toute contestation de l'injonction préliminaire.

4) Une injonction préliminaire expire après 20 jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée par le tribunal arbitral. Toutefois, ce dernier peut prononcer une mesure provisoire qui adopte ou modifie l'injonction préliminaire, après que la partie contre laquelle cette injonction est dirigée a été avisée et que la possibilité lui a été donnée de présenter ses arguments.

5) Une injonction préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal. Cette injonction préliminaire ne constitue pas une sentence.

Section 3. Dispositions applicables aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires

Article 17 *quinquies*. Modification, suspension, rétractation

Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire ou une injonction préliminaire qu'il a accordée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

Article 17 *sexies*. Constitution d'une garantie

1) Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.

2) Le tribunal arbitral exige que la partie qui requiert une injonction préliminaire constitue une garantie en rapport avec l'injonction, sauf s'il le juge inapproprié ou inutile.

Article 17 *septies*. Information

1) La partie qui demande une mesure provisoire signale sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée.

2) La partie qui requiert une injonction préliminaire signale au tribunal arbitral toutes les circonstances que ce dernier est susceptible de juger pertinentes pour sa décision de prononcer ou de maintenir l'injonction, et cette obligation s'applique jusqu'à ce que la partie contre laquelle l'injonction a été requise ait eu la possibilité de présenter ses arguments. Par la suite, le requérant est tenu, en ce qui concerne l'injonction préliminaire, de la même obligation d'information que celle qui incombe à un demandeur en ce qui concerne une mesure provisoire en vertu du paragraphe 1 du présent article.

Article 17 *octies*. Frais et dommages

La partie qui demande une mesure provisoire ou qui requiert une injonction préliminaire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure ou l'injonction à une partie quelconque, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure ou l'injonction

n'aurait pas dû être accordée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

Section 4. Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

Article 17 *novies*. Reconnaissance et exécution

1) Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur requête adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 *decies*.

2) La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure.

3) Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

Article 17 *decies*. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution*

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire ne peut être refusée que:

a) À la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée, si le tribunal a la conviction:

i) Que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) i), ii), iii) ou iv); ou

ii) Que la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie en rapport avec la mesure provisoire qu'il a prononcée n'a pas été respectée; ou

iii) Que la mesure provisoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'État dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi duquel cette mesure a été accordée; ou

b) Si le tribunal constate:

i) Que la mesure provisoire est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés, à moins qu'il ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

---

* Les conditions énoncées dans l'article 17 *decies* visent à limiter le nombre de cas où le tribunal peut refuser l'exécution d'une mesure provisoire. L'harmonisation recherchée par les dispositions types ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre inférieur de motifs de refus.

ii) Que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

2) Toute décision prise par le tribunal pour l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 1 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire. Le tribunal auprès duquel la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, la mesure provisoire quant au fond.

Section 5. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Article 17 *undecies*. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Le tribunal dispose, pour prononcer des mesures provisoires aux fins d'une procédure d'arbitrage qui a son lieu dans le pays du tribunal ou dans un autre pays et en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure judiciaire et en relation avec une telle procédure et il exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international.

II. Remarques sur le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires

Remarques sur la section 1 – Mesures provisoires

Paragraphe 2 de l'article 17

Forme sous laquelle une mesure provisoire est prononcée

5. À ses trente-sixième (New York, 4-8 mars 2002)[16], trente-septième (Vienne, 7-11 octobre 2002)[17] et quarantième (New York, 23-27 février 2004)[18] sessions, le Groupe de travail a examiné de manière approfondie la forme sous laquelle une mesure provisoire devait être prononcée par le tribunal arbitral. Le Groupe de travail est convenu que le membre de phrase "qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme", qui s'inspirait du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, était suffisamment neutre pour traduire l'intention du Groupe de travail de ne privilégier aucune forme particulière sous laquelle ces mesures devaient être prononcées. Il a été estimé qu'il serait peu souhaitable que le projet de paragraphe contienne des prescriptions trop strictes en ce qui concerne la forme qu'une mesure provisoire devrait prendre. La Commission voudra peut-être noter qu'il a été suggéré que tout texte explicatif qui serait élaboré ultérieurement, éventuellement sous la forme d'un guide pour l'incorporation, indique clairement que le libellé adopté ne devait pas être interprété à tort comme une prise de position sur la question controversée de savoir si une mesure provisoire prononcée sous forme de sentence serait ou non exécutoire en vertu de la Convention de New York (voir, ci-après, paragraphe 17)[19].

---

[16] A/CN.9/508, par. 65 à 68.
[17] A/CN.9/523, par. 36.
[18] A/CN.9/547, par. 70 à 72.
[19] Ibid.

Exhaustivité de la liste des fonctions caractéristiques des mesures provisoires

6. À ses trente-sixième (New York, 4-8 mars 2002)[20] et trente-neuvième (Vienne, 10-14 novembre 2003)[21] sessions, le Groupe de travail a examiné si tous les motifs qui pourraient justifier une mesure provisoire étaient couverts par le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 17. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que, dans la mesure où toutes les finalités des mesures provisoires étaient génériquement couvertes par la liste révisée figurant au paragraphe 2, la liste pouvait être considérée comme exhaustive[22]. La Commission voudra peut-être noter que le Groupe de travail a décidé de fournir des précisions à ce sujet dans un texte explicatif accompagnant la disposition.

Article 17 bis

7. À sa quarante-troisième session (Vienne, 3-7 octobre 2003), le Groupe de travail est convenu de conserver les mots "de façon adéquate" à l'alinéa a) de l'article 17 *bis* 1) et de préciser, dans un texte explicatif, que celui-ci devrait être interprété de manière souple et qu'il était nécessaire, pour ce faire, de comparer la gravité du préjudice subi par le demandeur si la mesure provisoire n'était pas accordée avec celle du préjudice subi par la partie s'opposant à la mesure si celle-ci l'était[23].

8. Il a été proposé d'indiquer dans un texte explicatif accompagnant l'article 17 *bis* que le fait que les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 17 *bis* ne s'appliquaient au type de mesures visé par l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'article 17 que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral ne signifiait pas qu'un tribunal arbitral n'examinerait pas et n'évaluerait pas les circonstances lorsqu'il déciderait de l'opportunité ou non d'ordonner la mesure[24].

"Besoin urgent de la mesure"

9. Le Groupe de travail a estimé, après débat, que le besoin urgent ne devait pas être une caractéristique générale des mesures provisoires[25]. La Commission voudra peut-être décider si des indications devraient être fournies dans un texte explicatif sur la manière dont le besoin urgent influe sur l'application des dispositions de la section 1.

Remarques sur la section 2 – Injonctions préliminaires

Remarques générales

10. À ses quarante et unième (Vienne, 13-17 septembre 2004)[26] et quarante-deuxième (New York, 10-14 janvier 2005)[27] sessions, le Groupe de travail a

---

[20] A/CN.9/508, par. 71.
[21] A/CN.9/545, par. 21.
[22] Ibid.
[23] A/CN.9/589, par. 37.
[24] Ibid., par. 33.
[25] A/CN.9/523, par. 41.
[26] A/CN.9/569.

examiné en détail les dispositions relatives au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. Dans les dispositions législatives, le terme "injonction préliminaire" est utilisé à la place de "mesure provisoire" pour décrire une mesure accordée *ex parte*. Ce terme met en relief le caractère temporaire et extraordinaire de l'injonction, ainsi que sa portée et sa finalité distinctes.

11. À sa quarante-deuxième session (New York, 10-14 janvier 2005), après un débat prolongé, le Groupe de travail est convenu d'insérer un texte de compromis sur les dispositions relatives aux injonctions préliminaires, étant entendu que ces dispositions s'appliqueraient sauf convention contraire des parties, qu'il devrait être clairement indiqué que les injonctions préliminaires avaient le caractère d'ordonnance de procédure et non celui de sentence et qu'aucune procédure d'exécution ne serait prévue pour ces injonctions à la section 4[28].

Article 17 ter

Objet, fonction et régime juridique des injonctions préliminaires

12. À la quarante et unième session du Groupe de travail (Vienne, 13-17 septembre 2004), des doutes ont été exprimés quant à savoir si le concept d'"injonction préliminaire" devait ou non être considéré comme un sous-ensemble de celui, plus large, de "mesure provisoire". On a fait valoir que, si les injonctions préliminaires étaient considérées comme un sous-ensemble des mesures provisoires, la distinction établie entre les deux risquait d'être jugée artificielle et de créer des difficultés dans l'application et dans la pratique[29]. Le Groupe de travail a noté que, même si les injonctions préliminaires pouvaient être considérées comme un sous-ensemble des mesures provisoires, elles pouvaient se distinguer des autres mesures provisoires par leur objet plus limité, car elles visaient uniquement à empêcher que la mesure provisoire demandée ne soit compromise. Un autre élément distinctif était que l'injonction préliminaire était soumise aux délais stricts prévus à l'article 17 *quater*. Il a été dit que les injonctions préliminaires n'étaient en fait qu'un "dispositif transitoire" qui s'appliquait jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues à propos d'une mesure provisoire demandée[30]. La Commission voudra peut-être décider si le texte explicatif accompagnant l'article 17 *ter* devait comprendre des explications sur la distinction établie entre les mesures provisoires et les injonctions préliminaires.

13. À la quarante-deuxième session du Groupe de travail (New York, 10-14 janvier 2005), il a été dit que l'article 17 *ter* pourrait être interprété à tort comme autorisant le tribunal arbitral à enjoindre uniquement aux parties, en termes généraux, de ne pas compromettre la mesure provisoire. Ceci nonobstant, il a été admis qu'il était loisible au tribunal arbitral, d'une manière plus générale, de prononcer une injonction préliminaire appropriée et conforme aux circonstances de

---

[27] A/CN.9/573.
[28] Ibid., par. 27.
[29] A/CN.9/569, par. 24.
[30] Ibid., par. 26.

l'espèce, chose qu'il fallait clairement indiquer dans tout texte explicatif se rapportant à ces dispositions[31].

Article 17 quater

Obligations du tribunal arbitral de notifier (paragraphe premier de l'article 17 quater*)*

14. À la quarante-deuxième session du Groupe de travail (New York, 10-14 janvier 2005), il a été noté que le tribunal arbitral était obligé de communiquer les documents et informations à la partie contre laquelle l'injonction préliminaire était demandée et proposé de préciser que l'obligation s'appliquait, que le tribunal accepte ou refuse de prononcer une telle injonction. La Commission voudra peut-être noter que le Groupe de travail est convenu que des éclaircissements concernant cette obligation pourraient figurer dans un texte explicatif accompagnant l'article 17 *quater*[32].

Caractère non exécutoire des injonctions préliminaires (paragraphe 5 de l'article 17 quater*)*

15. Le Groupe de travail a examiné de manière approfondie la question de savoir si un régime d'exécution devait être prévu en ce qui concerne les injonctions préliminaires. La nécessité d'inclure un tel régime a été contestée, étant donné le caractère temporaire de l'injonction préliminaire[33] et le fait qu'il pourrait créer des difficultés dans la pratique, en ce qui concerne en particulier la question de savoir si la notification de l'injonction préliminaire à l'autre partie devait être reportée jusqu'à ce qu'un tribunal ait fait exécuter l'injonction[34]. La Commission voudra peut-être noter que le caractère non exécutoire des injonctions préliminaires était au cœur du compromis réalisé à la quarante-deuxième session du Groupe de travail (voir ci-dessus, paragraphe 11).

Recours aux tribunaux

16. La Commission voudra peut-être examiner la proposition faite à la quarante-quatrième session du Groupe de travail (New York, 23-27 juillet 2006) d'ajouter le texte suivant au paragraphe 5 de l'article 17 *quater*: "Une partie peut demander une mesure quelconque devant un tribunal, même si elle a obtenu une telle injonction préliminaire du tribunal arbitral". Le Groupe de travail a pris note de cette proposition. On a fait valoir que cette proposition clarifiait simplement l'application de la disposition et ne visait pas à rouvrir des questions de fond qui s'y rapportaient[35].

---

[31] A/CN.9/573, par. 30.
[32] Ibid., par. 41.
[33] A/CN.9/547, par. 66.
[34] A/CN.9/569, par. 46 à 51.
[35] A/CN.9/592, par. 27.

Remarques sur la section 4 – Reconnaissance et exécution des mesures provisoires

Relations entre la section 4 et les articles 35 et 36

17. L'article 17 *decies*, qui traite des motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution de mesures provisoires, se réfère au paragraphe premier de l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage, qui vise les sentences. Il est rappelé que le Groupe de travail a décidé de ne pas définir la forme sous laquelle une mesure provisoire devait être prononcée (voir ci-dessus, par. 5) et l'article 17 *decies* a pour objet de définir les motifs de la non-exécution de mesures provisoires, qu'elles prennent la forme d'une sentence ou une autre forme. La Commission voudra peut-être examiner s'il est nécessaire de préciser que la référence au paragraphe premier de l'article 36, qui figure à l'article 17 *decies*, s'entend comme une référence aux motifs de la non-exécution, quelle que soit la forme sous laquelle une mesure provisoire a été prononcée[36].

Paragraphe premier de l'article 17 decies

Charge de la preuve

18. Contrairement à l'alinéa a) du paragraphe premier de l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage, qui impose la charge de la preuve à la partie contre laquelle la sentence est invoquée, l'alinéa a) du paragraphe premier de l'article 17 *decies* traduit le fait que le Groupe de travail a décidé de ne pas prévoir de disposition concernant l'attribution de la charge de la preuve et qu'il fallait s'en remettre pour cette question à la loi applicable[37]. La Commission voudra peut-être noter que le Groupe de travail a décidé de fournir des explications à ce sujet dans un éventuel texte explicatif accompagnant la disposition.

"Modifiée, rétractée ou suspendue"

19. La Commission voudra peut-être noter que le Groupe de travail est convenu de préciser, dans un texte explicatif qui accompagnerait l'article 17 *decies*, que le régime d'exécution prévu à la section 4 s'appliquait à toute mesure provisoire, qu'elle ait été ou non modifiée par le tribunal arbitral[38].

Relations entre le sous-alinéa 1 a) iii) de l'article 17 decies *et l'article 34*

20. La Commission voudra peut-être décider s'il faut préciser si une mesure provisoire prononcée sous forme de sentence pourrait être annulée en vertu de l'article 34 de la Loi type sur l'arbitrage. Il est rappelé que cette question a été posée à la quarantième session du Groupe de travail (New York, 23-27 février 2004) au cours d'une discussion sur le point de savoir si le sous-alinéa 1 a) iii) de l'article 17 *decies* aurait pour effet de permettre à une juridiction étatique d'annuler une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral. Le Groupe de travail est convenu que le sous-alinéa 1 a) iii) de l'article 17 *decies* ne devrait pas être

---

[36] A/CN.9/547, par. 43.
[37] A/CN.9/524, par. 35 à 36, 42, 58 et 60; A/CN.9/573, par. 73.
[38] A/CN.9/589, par. 85.

interprété à tort comme créant un motif d'annulation par la juridiction étatique de la mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral[39].

Paragraphe 2 de l'article 17 decies

21. La Commission voudra peut-être se rappeler que des préoccupations ont été exprimées au Groupe de travail en ce qui concerne la possibilité que la décision d'une juridiction qui est priée de faire exécuter une mesure provisoire en vertu du sous-alinéa 1 a) i) de l'article 17 *decies* (qui se réfère aux motifs exposés aux sous-alinéas 1 a) i), ii), iii) ou iv) de l'article 36) ait un effet au-delà de la sphère limitée de la reconnaissance et de l'exécution de cette mesure, par exemple sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale portant sur le fond de l'affaire. L'article 17 *decies* a pour objet de limiter le pouvoir d'une juridiction uniquement à la détermination des motifs de refuser la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires[40].

Remarques sur la section 5 – Mesures provisoires ordonnées par un tribunal

Article 17 *undecies*

Emplacement de l'article 17 undecies

22. La Commission voudra peut-être noter que le Groupe de travail a examiné si l'article 17 *undecies* devait être placé dans une autre partie de la Loi type sur l'arbitrage au motif qu'il traitait des mesures provisoires ordonnées par un tribunal étatique et s'insérerait peut-être difficilement dans un chapitre consacré essentiellement aux mesures provisoires accordées par des tribunaux arbitraux. Le Groupe de travail est convenu qu'un libellé suggérant aux États d'insérer l'article 17 *undecies* dans la partie la plus appropriée de leur législation d'application[41] pouvait figurer dans le texte explicatif accompagnant cette disposition, qui pourrait s'inspirer du libellé proposé dans la note du Secrétariat[42].

III. Modification du paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage

23. À sa quarante-troisième session (Vienne, 3-7 octobre 2005), le Groupe de travail a noté que, étant donné que la disposition sur les mesures provisoires ordonnées par un tribunal était destinée à s'appliquer quel que soit l'État où l'arbitrage avait lieu, la disposition devait être ajoutée à la liste figurant au paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage. Ledit article dispose que, en ce qui concerne les articles inscrits sur la liste, la Loi type sur l'arbitrage adoptée dans un État déterminé s'applique même si le lieu de l'arbitrage n'est pas

---

[39] A/CN.9/547, par. 26.
[40] Ibid., par. 24.
[41] A/CN.9/592, par. 40 à 42.
[42] A/CN.9/WG.II/WP.141, par. 13. La note est libellée comme suit: "En adoptant l'article 17 *undecies*, les États voudront peut-être envisager de regrouper cette disposition avec d'autres dispositions de la législation relative à certaines fonctions d'aide à l'arbitrage et de supervision assurées par des tribunaux ou une autre autorité."

situé sur le territoire de cet État[43]. Il a été également suggéré que les articles 17 *novies* et 17 *decies* (qui traitaient respectivement de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires et des motifs de refuser cette reconnaissance et exécution) soient inclus dans la liste des articles faisant exception, si bien que le paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage serait libellé comme suit:

> 2) Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État.

IV. Texte explicatif

24. La Commission voudra peut-être examiner la décision du Groupe de travail selon laquelle le texte explicatif concernant les dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires pourrait s'inspirer de la note explicative existante relative à la Loi type sur l'arbitrage et ce texte pourrait remplacer l'actuel paragraphe 26 et les autres paragraphes concernés de ladite note. Le secrétariat a été prié en outre de fournir des informations plus détaillées sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires aux États adoptants dans un guide pour l'incorporation des dispositions révisées[44].

---

[43] A/CN.9/589, par. 101 à 103.
[44] A/CN.9/592, par. 81.

I. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: forme de la convention d'arbitrage

(A/CN.9/606) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-3	
I.	Projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage	4	
	1. Projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage	4	
	2. Autre proposition	4	
II.	Notes concernant le projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage	5-21	
	1. Notes concernant le projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage	5-17	
	2. Notes concernant l'autre proposition	18-21	
III.	Modification du paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage	22	
IV.	Texte explicatif	23-24	

Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission a décidé que l'une des questions dont le Groupe de travail devrait s'occuper en priorité était la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, énoncée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage")[1]. Le Groupe de travail a examiné l'élaboration éventuelle d'un texte harmonisé sur l'exigence d'un écrit à ses trente-deuxième (Vienne, 20-31 mars 2000)[2], trente-troisième (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000)[3], trente-quatrième (New York, 21 mai-1er juin 2001)[4], trente-sixième (New York, 4-8 mars 2002)[5], quarante-troisième (Vienne, 3-7 octobre 2005)[6] et quarante-quatrième (New York, 23-27 janvier 2006)[7] session.

2. Lors de l'examen de la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage à la trente-deuxième session du Groupe de travail, il a été noté dans

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 344 à 350 et par. 380.
[2] A/CN.9/468, par. 88 à 106.
[3] A/CN.9/485, par. 21 à 59.
[4] A/CN.9/487, par. 22 à 41.
[5] A/CN.9/508, par. 18 à 39.
[6] A/CN.9/589, par. 108 à 112.
[7] A/CN.9/592, par. 46 à 81.

l'ensemble qu'il faudrait élaborer des dispositions conformes à la pratique actuelle dans le commerce international. Il a également été noté que les tribunaux nationaux adoptaient de plus en plus souvent une interprétation libérale de ces dispositions, conformément à la pratique internationale et aux attentes des parties au commerce international[8].

3. Il est rappelé également que l'intention du Groupe de travail, en révisant l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, avait été d'actualiser les droits internes sur la question de l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, tout en préservant la force obligatoire de ces conventions, comme le prévoyait la Convention de New York. À cette fin, deux options avaient été présentées, la première décrivant dans le détail comment il pouvait être satisfait à l'exigence de la forme écrite (le projet d'article 7 révisé), la seconde supprimant purement et simplement cette exigence (l'autre proposition). Plusieurs ont estimé que l'autre proposition et le projet d'article 7 révisé apportaient des réponses utiles aux préoccupations exprimées sur l'exigence de la forme écrite[9]. Il a été suggéré que le projet d'article 7 révisé, tel que modifié par le Groupe de travail, et l'autre proposition soient tous deux soumis aux États comme variantes possibles. Le Groupe de travail a adopté cette proposition à sa quarante-quatrième session[10].

I. Projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage

4. Les textes du projet d'article 7 révisé et de l'autre proposition, tels qu'ils ont été adoptés par le Groupe de travail à sa quarante-quatrième session, sont libellés comme suit[11].

1. Projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage doit revêtir la forme écrite.

3. Une convention d'arbitrage revêt la forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

---

[8] A/CN.9/468, par. 88.
[9] A/CN.9/589, par. 110 à 112.
[10] A/CN.9/592, par. 74.
[11] Ibid., par. 46 à 75 et annexe II.

4. Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, 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 télégraphe, le télex ou la télécopie.

5. En outre, une convention d'arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6. La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

2. Autre proposition

Article 7. Définition de la convention d'arbitrage

Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

II. Notes concernant le projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage

1. Notes concernant le projet d'article 7 révisé de la Loi type sur l'arbitrage

Paragraphe 1

5. Le paragraphe 1 reproduit le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage[12].

Paragraphe 2

6. Le paragraphe 2 reproduit la première phrase du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et son libellé est compatible avec celui du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York[13].

---

[12] Ibid., par. 49.
[13] Ibid., par. 50 à 59.

Paragraphe 3

7. Le paragraphe 3 donne une définition de la prescription de la forme écrite[14].

Remarques générales

8. Le paragraphe 3 du projet d'article 7 révisé vise à préciser au moyen d'une définition comment satisfaire à l'exigence de l'écrit. À sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006), le Groupe de travail s'est demandé si l'objectif de l'exigence de la forme écrite était d'attester le consentement des parties à recourir à l'arbitrage ou la teneur de la convention d'arbitrage[15]. Après discussion, le Groupe de travail a généralement estimé qu'il fallait conserver la trace, non de la rencontre des volontés des parties ni d'autres informations sur la formation de la convention, mais du contenu ou des termes de la convention même, et que, par conséquent, il serait indiqué de faire référence à la teneur de la convention d'arbitrage dans le texte du paragraphe 3[16]. À ce propos, il a été souligné que le paragraphe 3 contenait la définition de la forme de la convention d'arbitrage et que la question de savoir si les parties s'étaient véritablement accordées pour recourir à l'arbitrage était une question de fond qui devrait être régie par la législation nationale.

9. Peut-être faudrait-il rappeler que l'intention du Groupe de travail était de faire en sorte que la disposition révisée relative à la définition de la forme de la convention d'arbitrage couvre un grand nombre de situations, notamment les cas suivants: contrats de sauvetage ou d'assistance maritime conclus oralement par radio, avec une référence à une formule de contrat type préexistante contenant une clause compromissoire, telle que la formule "Open Form" de Lloyd's; contrats dont la conclusion résultait de l'accomplissement d'un acte ou d'un comportement (par exemple, une vente de marchandises conformément à l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises), avec une référence à une formule type contenant une clause compromissoire, telle que les formules établies par la Grain and Food Trade Association (GAFTA); et contrats conclus oralement mais confirmés ensuite par écrit. Le cas d'une simple référence dans un contrat oral à un règlement d'arbitrage ou à une loi régissant la procédure arbitrale si les parties n'étaient convenues d'aucune règle de procédure n'est pas censé être visé par ce paragraphe.

10. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de clarifier davantage, dans tout texte explicatif accompagnant cette disposition, comme un guide pour l'incorporation et l'application, les cas concrets visés par le paragraphe 3[17]. La Commission souhaitera peut-être examiner le projet d'article 7 révisé à la lumière des situations concrètes exposées ci-après afin de déterminer si le texte les couvre de façon satisfaisante, dans la mesure où elle entend qu'il les couvre.

---

[14] Ibid., par. 59.
[15] Ibid., par. 57.
[16] Ibid., par. 61 et 62.
[17] Ibid., par. 62.

Cas concrets

11. À sa trente-deuxième session[18] (Vienne, 20-31 mars 2000), le Groupe de travail a examiné plusieurs exemples typiques de situations où les parties étaient convenues de la teneur d'un contrat contenant une convention d'arbitrage, avec preuve écrite du contrat, mais où la loi en vigueur, si elle était interprétée de manière restrictive, pouvait être considérée comme invalidant ou mettant en cause la validité de la convention d'arbitrage[19].

12. Dans les situations a) à h) exposées ci-après, les parties ont conclu un contrat contenant une clause compromissoire dont la forme ne répondait toutefois pas à la condition légale:

a) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé dès lors qu'une partie envoie des clauses écrites à une autre partie, et que cette dernière exécute ses obligations découlant du contrat sans répondre ou sans qu'il y ait un autre "échange" écrit concernant les clauses dudit contrat;

b) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé dès lors qu'un texte est proposé par une partie, et que l'autre partie, sans l'accepter explicitement par écrit, fait référence par écrit à un contrat dans un courrier, une facture ou une lettre de crédit ultérieurs en indiquant, par exemple, sa date ou son numéro;

c) Un contrat est conclu par l'intermédiaire d'un courtier qui établit le texte constatant l'objet du contrat et contenant notamment la clause compromissoire, sans qu'il y ait de communications écrites directes entre les parties;

d) Une référence est faite, dans une convention verbale, à un ensemble de clauses écrites, pouvant se présenter sous forme de contrat type contenant une clause compromissoire;

e) Connaissements incorporant par référence les termes et conditions de la charte-partie sous-jacente;

f) Un des contrats d'une série de contrats conclus entre les mêmes parties au cours d'une opération n'a pas été attesté par un écrit signé ou n'a pas fait l'objet d'un échange d'écrits, alors que les contrats précédents comportaient des clauses compromissoires valides;

g) Le contrat original contient une clause compromissoire mais cette clause n'apparaît pas dans un additif, un accord de prorogation, de novation ou de transaction relatif au contrat (un tel contrat "subséquent" peut avoir été conclu verbalement ou par écrit);

---

[18] A/CN.9/468, par. 95; A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 12, et A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 16 à 26.

[19] Ces situations étaient énumérées au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 et aux paragraphes 16 à 26 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Parmi elles figurait également le cas où un requérant demande un arbitrage contre une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage, ou lorsqu'une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage demande à s'en prévaloir pour entamer un arbitrage en se fondant, par exemple, sur la théorie du "groupe de sociétés" (ibid., par. 12 m)). Toutefois, le Groupe de travail a considéré que cette situation soulevait des questions difficiles et que l'idée d'une règle harmonisée ne suscitait pas une large acceptation (A/CN.9/468, par. 95).

h) Un connaissement contenant une clause compromissoire qui n'est pas signée par le chargeur ou par le porteur ultérieur.

13. Les situations a) à d) ci-après renvoient à des cas où l'on peut supposer que la clause compromissoire a été conclue valablement par certaines des parties. La question centrale est de savoir si cette clause s'impose à un tiers devenant ultérieurement partie au contrat ou ayant certains droits et certaines obligations découlant du contrat:

a) Droits et obligations des tiers au titre des conventions d'arbitrage dans les contrats où une prestation est prévue à leur profit ou en cas de stipulation pour autrui;

b) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage à la suite de la cession ou de la novation du contrat sous-jacent au profit de ce tiers;

c) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage lorsque le tiers exerce des droits par subrogation;

d) Droits et obligations au titre des conventions d'arbitrage lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission d'entreprises entraînant la création d'une personne morale différente, les successeurs des parties font valoir leurs droits au titre des contrats.

14. On pourra peut-être noter que le Groupe de travail a considéré que le fait que la conclusion verbale de certains types de contrats, dans certains domaines d'activité, ou les conventions d'arbitrage, dans certains types de contrat, pouvaient être des pratiques courantes, tenait plus aux conditions de fond permettant de constater qu'une convention d'arbitrage avait été conclue qu'à la forme d'une telle convention. Comme il était souhaitable de limiter la disposition type aux questions de forme et de ne pas y aborder les conditions de fond concernant la validité des conventions d'arbitrage, il a été estimé que la question de savoir ce qui était habituel et comment la convention entre les parties avait été conclue n'entrait pas dans le champ d'application de cette disposition[20].

Paragraphe 4

15. Le libellé du paragraphe 4 est compatible avec celui du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("la Convention sur les contrats électroniques") et les définitions de "communication électronique" et de "message de données" reproduisent celles qui figurent aux alinéas b) et c) de l'article 4 de cette convention[21].

---

[20] A/CN.9/485, par. 39 à 41, et A/CN.9/592, par. 72.
[21] A/CN.9/592, par. 64.

Paragraphe 5

16. Les dispositions du paragraphe 5 ont été incorporées dans le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, et le Groupe de travail a décidé de conserver ce paragraphe[22].

Paragraphe 6

17. Le Groupe de travail a rappelé que l'un des principaux objectifs du paragraphe 6 était de confirmer la validité formelle des conventions d'arbitrage incorporées par référence. Par exemple, des parties pourraient conclure, du fait de l'accomplissement d'un acte, un contrat dont les termes ont été établis dans une formule type ne contenant pas de clause compromissoire, mais éventuellement une référence à un document contenant une telle clause[23]. Le Groupe de travail est convenu que, sur le plan des principes, la référence à un document contractuel écrit contenant une clause compromissoire, ou un autre lien avec un tel document, devrait suffire à établir la validité formelle de la convention d'arbitrage, et que la législation interne ou une autre loi applicable devrait déterminer si la référence était telle qu'elle faisait de la clause une partie du contrat ou de la convention d'arbitrage séparée, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée avaient été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite[24].

2. Notes concernant l'autre proposition

18. L'autre proposition omettait totalement l'exigence de l'écrit. Ses dispositions prévoyaient la reconnaissance de la validité des conventions d'arbitrage conclues verbalement. À l'appui de cette autre proposition, on a fait valoir que de nombreuses lois nationales énonçaient, pour la forme des conventions d'arbitrage, des conditions qui pouvaient être considérées comme dépassées. Il a été noté que, dans plusieurs pays qui avaient supprimé l'exigence de la forme écrite pour les conventions d'arbitrage, les conventions d'arbitrage verbales étaient rarement utilisées et que leur validité n'avait pas donné lieu à des litiges importants[25].

19. Il a été estimé que cette autre proposition établissait un régime plus favorable pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales que celui prévu dans la Convention de New York et que, par conséquent, selon le "principe de la loi la plus favorable" prévu à l'article VII, paragraphe 1, de cette Convention, la Loi type sur l'arbitrage s'appliquerait en lieu et place de l'article II, paragraphe 2, de la Convention.

20. Le nouveau texte proposé a été jugé utile pour mettre en évidence les problèmes soulevés par l'exigence de la forme écrite. Cependant, la suppression de

---

[22] Ibid., par. 65 à 68.
[23] Ibid., par. 69.
[24] Ibid., et A/CN.9/508, par. 27 à 31.
[25] A/CN.9/592, par. 47.

cette exigence et de toute référence à l'"écrit" pourrait être source d'insécurité juridique[26].

21. La Commission voudra peut-être envisager de retenir l'autre proposition et, dans ce cas, examiner les différentes possibilités de présentation du projet d'article 7 révisé et de l'autre proposition dans la Loi type sur l'arbitrage.

III. Modification du paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage

22. Le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage, qui s'inspire de l'article IV de la Convention de New York, prévoit que la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme. Lors de l'examen des projets de texte relatifs à l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, le Groupe de travail a estimé qu'il fallait veiller à rendre compte d'une interprétation modifiée de cette exigence (paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York) dans le paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage en le modifiant comme suit[27]:

Paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage

La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dûment certifiée dans cette langue.

IV. Texte explicatif

23. À sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006), le Groupe de travail est convenu que le texte explicatif concernant les dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage pourrait s'inspirer de la note explicative existante pour la Loi type et que ce texte pourrait remplacer les actuels paragraphes 18, 19 et autres paragraphes concernés de ladite note. Le secrétariat a été prié en outre de fournir aux États adoptants des informations plus détaillées sur la forme de la convention d'arbitrage dans un guide pour l'incorporation et l'application des dispositions révisées[28]. La Commission voudra peut-être donner des orientations plus détaillées sur la question.

24. Lorsque la Commission a examiné la possibilité d'élaborer une législation type, on a émis l'idée que toute loi type susceptible d'être élaborée sur la forme de la convention d'arbitrage pourrait comporter une disposition s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui vise à faciliter l'interprétation par référence à

---

[26] A/CN.9/589, par. 110.
[27] A/CN.9/592, par. 76 à 80 et annexe II.
[28] Ibid., par. 81.

des principes internationalement acceptés. Des dispositions analogues figurent dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[29] et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[30]. Il a été dit qu'un tel commentaire non contraignant ajouté par la Commission à la disposition législative type pourrait accélérer le processus d'harmonisation du droit et son interprétation. La Commission voudra peut-être décider s'il y a lieu d'inclure une telle disposition[31].

---

[29] Article 3: "1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi. 2. Les questions concernant les matières régies par la présente loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire."

[30] Article 8: "Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi."

[31] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 348 et A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 23.

J. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York

(A/CN.9/607) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-3	
I.	Projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York	4	
II.	Notes sur le projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York	5-12	

Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission a décidé que la prescription de la forme écrite pour la Convention d'arbitrage énoncée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage") et au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("Convention de New York") serait l'un des thèmes que le Groupe de travail devrait aborder en priorité[1]. À sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001), la Commission a noté que, si le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue l'importance de la certitude quant à l'intention des parties de compromettre, il était important aussi d'œuvrer en vue de faciliter une interprétation plus souple de la prescription stricte de la forme écrite contenue dans la Convention de New York, afin de ne pas frustrer l'attente des parties lorsqu'elles conviennent d'arbitrer. À cet égard, la Commission a pris note de la possibilité pour le Groupe de travail d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York[2].

2. À sa trente-cinquième session (New York, 17-28 juin 2002), la Commission a noté que le Groupe de travail avait délibéré à propos d'un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York. Elle a noté que le Groupe de travail n'était pas parvenu, à ce stade, à un consensus sur le point de savoir s'il fallait élaborer un protocole modifiant la Convention de New York ou un instrument l'interprétant. La Commission a estimé

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 344 à 350 et par. 380.

[2] Ibid., *cinquantième-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 313.

que les États membres et les États observateurs qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devaient avoir suffisamment de temps pour procéder à des consultations sur ces importantes questions, y compris la possibilité d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York, comme elle l'avait noté à sa trente-quatrième session[3].

3. Le Groupe de travail a examiné le thème de la prescription de la forme écrite énoncée au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et l'élaboration d'un instrument interprétatif à ses trente-deuxième (Vienne, 20-31 mars 2000)[4], trente-troisième (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000)[5], trente-quatrième (New York, 21 mai-1er juin 2001)[6], trente-sixième (New York, 4-8 mars 2002)[7] et quarante-quatrième sessions (New York, 23-27 janvier 2006)[8].

I. Projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York

4. Le projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York que le Groupe de travail a approuvé à sa quarante-quatrième session[9] est libellé comme suit:

"*Déclaration 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*

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[2] *Consciente* du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

[3] *Rappelant* les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du

---

[3] Ibid., *cinquantième-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 183.
[4] A/CN.9/468, par. 88 à 106.
[5] A/CN.9/485, par. 60 à 77.
[6] A/CN.9/487, par. 42 à 63.
[7] A/CN.9/508, par. 40 à 50.
[8] A/CN.9/592, par. 82 à 88.
[9] Ibid., et annexe III de A/CN.9/592

système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

[4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[5] *Convaincue* que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant notamment qu'elle "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé",

[7] *Gardant à l'esprit* les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,

[8] *Tenant compte* du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,

[9] *Considérant* l'utilisation étendue du commerce électronique,

[10] *Tenant compte* d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 7, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux,

[11] *Tenant compte également* des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,

[12] *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,

[13] *Recommande* qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la Convention en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs,

[14] *Recommande* que le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de 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."

II. Notes sur le projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York

5. Dans un premier temps, les débats du Groupe de travail ont porté surtout sur le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York et sur différentes formules qui permettaient de résoudre les problèmes que l'interprétation de ce paragraphe avait posés. Le Groupe de travail a estimé d'une manière générale qu'il fallait élaborer des dispositions conformes à la pratique actuelle dans le commerce international en ce qui concerne la prescription de la forme écrite et que, à certains égards, cette pratique n'était plus en harmonie avec les principes énoncés au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (et dans d'autres textes législatifs internationaux inspirés de cet article) si on les interprétait étroitement[10]. Le Groupe de travail a débattu les différentes possibilités d'interpréter d'une manière plus large le paragraphe 2 de l'article II[11]. Celles-ci incluaient l'élaboration d'un protocole modifiant les termes du paragraphe 2 de l'article II; l'adoption d'une déclaration ou d'une résolution relative à l'interprétation de la Convention de New York indiquant, pour éviter les doutes éventuels, que le paragraphe 2 de l'article II visait certaines situations ou devait avoir un certain effet; la promotion d'une interprétation libérale de la Convention de New York, en suivant l'approche adoptée par certains tribunaux judiciaires, selon laquelle le paragraphe 2 de l'article II devait être interprété au regard de la Loi type sur l'arbitrage[12]; et l'élaboration d'un guide pratique ou de notes qui pourraient préconiser l'utilisation de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage en tant qu'outil d'interprétation, susceptible de préciser l'application du paragraphe 2 de l'article II[13].

6. Selon l'avis qui a prévalu, comme le fait de modifier formellement la Convention de New York ou d'y adjoindre un protocole risquait d'aggraver le manque d'harmonie actuel dans l'interprétation de cette disposition et que l'adoption d'un tel protocole ou d'une telle modification par un certain nombre d'États prendrait de nombreuses années et, entre-temps, créerait davantage d'incertitudes, cette solution n'était pas pratique. Estimant que des lignes directrices sur la manière d'interpréter le paragraphe 2 de l'article II permettraient d'assurer une interprétation uniforme répondant aux exigences du commerce international, le Groupe de travail a décidé qu'on pourrait étudier plus avant l'élaboration d'une déclaration ou d'une résolution interprétative relative à la Convention de New York,

---

[10] A/CN.9/468, par. 88.
[11] A/CN.9/468, par. 88 à 99.
[12] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 36 et note 9.
[13] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 33 et 34.

qui refléterait une interprétation large des conditions de forme, et déterminer ainsi quelle serait la meilleure solution[14].

7. À sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002), le Groupe de travail a examiné un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York afin d'offrir des directives concernant l'interprétation et l'application de l'exigence de la forme écrite énoncée dans cet article en vue de parvenir à plus d'uniformité. Le paragraphe 2 de l'article II a fait l'objet de différentes interprétations par des tribunaux étatiques. Des interprétations différentes et parfois contradictoires ont été données, en particulier, au terme "signature", à la question de savoir si l'exigence de signature s'appliquait aussi bien à la clause compromissoire contenue dans un contrat qu'au compromis et à ce qu'il fallait entendre par "échange de lettres ou de télégrammes"[15]. Les interprétations différentes par les juridictions étatiques résultaient aussi de différences de libellé entre les cinq versions linguistiques faisant également foi de la Convention de New York. Ces différences tenaient en partie au fait que, par exemple, dans la version anglaise, la définition de "convention écrite" (en employant le mot "include") semblait donner une liste non exhaustive d'exemples, alors que, dans certaines des autres versions linguistiques faisant également foi, la liste paraissait exhaustive[16].

8. Dans le projet de déclaration que le Groupe de travail a examiné à sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002), il était recommandé ou déclaré que la définition du terme "convention écrite" figurant au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York [soit] [devrait être] interprétée comme englobant [libellé inspiré du texte révisé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international][17]. On a fait valoir au sein du Groupe de travail que le projet de disposition révisant l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage que le Groupe de travail examinait différait considérablement du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York en ce que, par exemple, en vertu de la disposition législative type, une convention passée oralement qui renvoyait à des conditions d'arbitrage établies par écrit serait considérée comme valable, alors qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, tel qu'il était interprété dans de nombreux systèmes juridiques, cela ne serait pas le cas[18]. On a donc estimé qu'il pourrait ne pas être opportun de recourir à un instrument interprétatif pour déclarer que le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York devait être interprété comme ayant la même signification que la version révisée du projet d'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage. Lorsqu'il a étudié la possibilité de modifier la Loi type sur l'arbitrage dans le but d'interpréter le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (sans modifier cette convention), le Groupe de travail a noté également que la législation nationale pouvait être appliquée dans le contexte de la disposition relative au droit le plus favorable du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York.

---

[14] A/CN.9/468, par. 88 à 99.
[15] A/CN.9/WG.II/WP.139.
[16] A/CN.9/592, par. 87.
[17] A/CN.9/508, par. 40 à 50.
[18] A/CN.9/508, par. 45.

9. À sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006), le Groupe de travail est passé ensuite à l'examen du texte d'un projet de déclaration interprétative du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York. On a fait valoir que l'adoption d'une telle déclaration encouragerait l'élaboration de règles favorisant la validité des conventions d'arbitrage dans un plus grand nombre de cas et inciterait les États à adopter la version révisée de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage ainsi que des lois favorables à l'exécution[19]. À cette session, le Groupe de travail a décidé d'inclure dans le projet de déclaration des dispositions précisant la signification du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York[20].

10. Il convient de noter que l'acceptation du recours, en vertu du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York, à des exigences de forme moins strictes dépendrait de la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article II de la même Convention établit une exigence de forme dont les États peuvent s'écarter lorsque leur loi nationale sur les exigences de forme est plus favorable (laissant ainsi les États libres d'adopter des conditions moins strictes) ou si la Convention de New York est interprétée comme établissant une exigence de forme unifiée que doivent respecter les conventions d'arbitrage entrant dans son champ d'application. Les tribunaux, dans de nombreux États, ont exprimé clairement une position claire sur les circonstances dans lesquelles le paragraphe 1 de l'article VII pouvait s'appliquer pour valider des conventions d'arbitrage qui autrement ne rempliraient pas l'exigence de forme énoncée au paragraphe 2 de l'article II. L'avantage d'appliquer le paragraphe 1 de l'article VII serait d'éviter l'application du paragraphe 2 de l'article II et, du fait que les États adopteraient des dispositions plus favorables sur les exigences de forme pour les conventions d'arbitrage, de permettre l'élaboration de règles en faveur de la validité des conventions d'arbitrage dans un plus large éventail de situations. Encourager l'adoption générale par les États du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage sous sa version révisée proposée pourrait être un moyen utile de parvenir à une plus grande uniformité concernant l'exigence de forme. Une déclaration encourageant l'application d'une législation plus favorable aurait pour autre avantage de lever la prescription de l'article IV de la Convention de New York en ce qui concerne la présentation d'un original de la convention d'arbitrage ou d'une copie certifiée conforme. Le Groupe de travail a déjà proposé de supprimer cette prescription du paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage[21].

11. La Commission voudrait peut-être aussi examiner la mesure dans laquelle ces considérations relatives au paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York pourraient avoir des répercussions sur les travaux futurs concernant la Loi type sur l'arbitrage. Il est proposé de modifier certaines dispositions de la Loi type sur l'arbitrage, qui font pendant aux dispositions de la Convention de New York, comme par exemple l'article 7 et le paragraphe 2 de l'article 35, afin de rendre les règles plus libérales, conformément à la pratique moderne. La Commission voudra peut-être aussi examiner dans quelle mesure la Loi type sur l'arbitrage pourrait devenir un instrument à l'aide duquel le régime d'exécution serait modernisé. Une autre solution consisterait à encourager les efforts de

---

[19] A/CN.9/592, par. 85 et 86.
[20] Ibid., par. 88.
[21] A/CN.9/592, par. 76 à 80.

modernisation en élaborant un instrument international obligatoire sur l'arbitrage commercial international, et à fondre, pour ce faire, les principes de la Loi type sur l'arbitrage en une convention tout en permettant aux instruments existants de fonctionner en harmonie.

12. Lorsque la Commission examinait la possibilité d'élaborer une législation type afin de remplacer le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York en se fondant sur le paragraphe 1 de l'article VII de la même Convention, il a été proposé d'élaborer (outre une loi type) des principes directeurs ou autres textes n'ayant pas force obligatoire à l'intention des tribunaux qui les utiliseraient comme des conseils donnés par la communauté internationale pour l'application de la Convention de New York. On a fait valoir que la Commission pourrait, en élaborant un tel commentaire non obligatoire, accélérer la procédure d'harmonisation de la loi et de son interprétation[22]. La Commission voudra peut-être fournir d'autres indications à ce sujet.

---

[22] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 348, et A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, par. 34.

K. Note du secrétariat concernant le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

(A/CN.9/609 et Add.1 à 6) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. Introduction . . . . . .
II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales . . . . . .
A. États membres . . . . . .
Guatemala. . . . . .
Italie . . . . . .

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission a décidé que les questions dont le Groupe de travail devrait s'occuper en priorité comprendraient: la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, énoncée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("la Loi type sur l'arbitrage") et au paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("la Convention de New York"[1]) et la force exécutoire des mesures provisoires[2].

2. Le Groupe de travail a finalisé le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage ainsi que le projet de déclaration relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York à sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006). Par une note verbale datée du 21 mars 2006, le Secrétaire général a transmis les textes des projets en question, tels qu'ils figurent en annexe au rapport du Groupe de travail sur cette session (A/CN.9/592), aux États ainsi qu'aux organisations intergouvernementales et aux organisations internationales non gouvernementales invitées à prendre part aux réunions de la Commission et à celles de ses groupes de travail en qualité d'observateur. De courtes notes ont été publiées séparément sur chaque texte (A/CN.9/605 pour le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires, A/CN.9/606 pour le projet de dispositions législatives sur la forme de la convention d'arbitrage, A/CN.9/607 pour le projet de déclaration relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York).

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 344 à 350 et 380.

[2] *Ibid.*, par. 371 à 373 et 380.

3. Le présent document reproduit les premiers commentaires reçus par le secrétariat à propos du projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage ainsi que du projet de déclaration relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York. Les commentaires que le secrétariat recevra après la publication du présent document feront l'objet d'additifs dans l'ordre où ils seront reçus.

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

A. États membres

Guatemala

[Original: espagnol]
[28 avril 2006]

Commentaires du Guatemala sur les modifications apportées à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage

J'ai l'honneur par la présente de vous faire part de commentaires sur le projet de dispositions qui contiendrait les modifications à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage ("la Loi type"). Je crois comprendre que ces commentaires doivent être aussi concrets que possible, et le seront donc, étant entendu que je reste à la disposition de la Mission permanente, si elle juge nécessaire d'en approfondir certains.

Il faut, tout d'abord, reconnaître que le thème des mesures provisoires et des injonctions préliminaires a pris une importance particulière en tant que domaine où les règles en matière d'arbitrage pourraient évoluer pour donner aux arbitres ou aux tribunaux arbitraux davantage de pouvoirs pour dicter ou ordonner ce type de mesures ou d'injonctions. De fait, c'est l'une des principales raisons pour lesquelles le Guatemala a élaboré, il y a environ deux ans, un projet de loi, à l'initiative de la Cour suprême de justice, qui entend donner davantage de pouvoirs coercitifs aux arbitres pour dicter ou ordonner ce type de mesures.

Il faut préciser que ce projet de loi a été critiqué par l'auteur de la présente car il entend donner des pouvoirs coercitifs directs aux arbitres qui pourront dicter ces mesures sans avoir nullement besoin de l'appui ou de l'aide du système judiciaire. En d'autres termes, il vise à doter les arbitres de l'"*imperium*" pour ce qui est des mesures provisoires, des mesures anticipatoires ou des injonctions préliminaires. Il semble que la proposition élaborée par le Groupe de travail lors de la quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006) non seulement soit plus raisonnable à cet égard mais corresponde aussi mieux au contenu de la Loi type dans son ensemble.

Cela étant dit, je passe à présent aux commentaires détaillés sur le texte examiné.

Article 17, paragraphe 1

Le libellé suivant est proposé: “1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d’une partie quelconque, accorder des mesures provisoires.” (Il est proposé d’ajouter “quelconque” (“cualquiera”) après les mots “d’une partie”).

Cette modification sémantique permet de donner une impression plus vaste ou plus équilibrée de cette possibilité en précisant qu’elle s’offre à n’importe quelle partie à l’arbitrage.

Article 17, paragraphe 2

Il n’est pas proposé de modifier le libellé de ce paragraphe mais plutôt de réfléchir à l’emploi, dans la version espagnole, du mot “laudo” (sentence) comme moyen d’accorder une mesure provisoire. Bien que l’on comprenne la raison de cet emploi, liée essentiellement au caractère exécutoire de la mesure devant les juridictions étatiques, ce mot peut prêter à confusion dans certains pays car il renvoie au règlement définitif du différend (“laudo” en espagnol est l’équivalent de “sentencia” et, d’une manière générale, les mesures provisoires, dans les procédures ordinaires ou judiciaires, sont octroyées sous forme de “autos” (ordonnances) ou de “resoluciones preliminares” (décisions provisoires)). On pourrait peut-être utiliser le terme “laudo interino” (“sentence provisoire”) comme le font, je crois, d’autres pays et, dans ce cas, ajouter aussi une définition de ce terme dans l’article de la Loi type consacré aux définitions.

Dans le même ordre d’idée, si l’on accepte d’utiliser le terme “laudo interino” il faudrait alors à l’alinéa c) du paragraphe 2 de l’article 17, qui parle de “sentence ultérieure”, employer le terme “laudo definitivo” (sentence définitive).

Article 17 *bis*

Alinéa a) du paragraphe 1

Il est proposé de remplacer, dans la version espagnole, “no resarcible” (ne pouvant être réparé) par les mots “no reversible” (irréversible) ou “irreparable” (irréparable).

Alinéa b) du paragraphe 1

Il est proposé de le supprimer entièrement. Dans notre système (Guatemala), cette mesure pourrait servir à contester ou à récuser les arbitres pour avoir, d’une certaine façon, porté un jugement prématuré sur les prétentions de l’une des parties. Il serait peut-être préférable d’indiquer simplement, dans cette disposition ou dans une autre disposition du projet de modification de la Loi type, que les arbitres prononcent les mesures et en assument la responsabilité ou de prévoir une disposition exigeant une plus grande prudence de la part des arbitres lorsqu’ils décident d’octroyer ou non ces mesures.

Paragraphe 2

À la première ligne de ce paragraphe, il serait préférable d’employer, dans la version espagnole, les mots “a todo requerimiento” au lieu des mots “a toda demanda” (pour parler de la demande). Si cette modification était jugée acceptable,

elle devrait être apportée à d'autres dispositions, comme celles de l'article 17 *ter* par exemple. De même, dans divers articles du projet, au lieu de parler dans la version espagnole de "demandante de una medida cautelar" ou de "demandante de una orden preliminar"*, il est proposé d'employer le mot "solicitante" ou "requirente" pour désigner celui qui demande une mesure provisoire ou requiert une injonction préliminaire.

Article 17 *ter*

Comme tous les pays n'emploient pas l'expression "órdenes preliminares"[3] (injonctions préliminaires) dans leurs règles de procédure, il conviendrait peut-être, comme dans le cas des mesures provisoires, d'en donner une définition.

Il est jugé utile d'étudier plus avant la relation qui existe entre les injonctions préliminaires et les mesures provisoires pour déterminer s'il faut formuler d'autres observations sur cet article et d'autres articles du projet.

Il est en outre jugé nécessaire d'étudier plus à fond les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires, car il semblerait que ces dispositions soient conçues essentiellement en fonction des arbitrages internationaux; il ne faut cependant pas oublier que dans certains systèmes, comme celui du Guatemala, la Loi type a été introduite dans l'ordre juridique interne, tant pour les arbitrages internationaux que pour les arbitrages nationaux. Il faudra confirmer si les dispositions proposées fonctionnent également pour les arbitrages nationaux.

Pour finir, en ce qui concerne les dispositions législatives révisées sur la forme de la convention d'arbitrage, une seule observation sera formulée:

Article 7, paragraphe 3

Le libellé ci-après est proposé:

"Une convention d'arbitrage revêt la forme écrite si son contenu est constaté ou prouvé sous une forme documentaire quelconque, que la convention elle-même ou le contrat dont elle fait partie aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens".

---

* *Note du traducteur*: L'expression "demandante de una orden preliminar" ne figure pas dans le document A/CN.9/592.

[3] Au Guatemala au moins, cette expression n'est pas utilisée dans les textes de procédure civile et commerciale. On utilise en revanche les termes "medidas cantelares", "medidas preventivas" ou "medidas de garantía" (mesures provisoires, mesures préventives ou mesures de garantie).

Italie

[Original: anglais]
[3 mai 2006]

Commentaires sur le projet de dispositions législatives relatives aux mesures provisoires et aux injonctions préliminaires (Annexe I)

À l'heure actuelle, la législation italienne sur l'arbitrage ne donne pas aux arbitres le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou des injonctions préliminaires. L'Italie estime sur ce point que ce pouvoir devrait être réservé exclusivement aux juridictions étatiques compétentes. Ce choix fondamental du système italien ne devrait pas changer dans un avenir proche ou prévisible. Il est donc peu probable que la République italienne adopte, en tout ou en partie, les nouvelles règles de la CNUDCI proposées pour les mesures provisoires et les injonctions préliminaires, et encore moins pour les mesures provisoires ordonnées sans que l'autre partie soit entendue. La délégation italienne a déjà soumis dans le passé des observations et des propositions à ce sujet, qu'elle rappelle ici.

Dans l'hypothèse toutefois où, nonobstant ce qui précède, la Commission jugerait utile de recevoir les commentaires de l'Italie sur les nouvelles règles proposées, ces commentaires seraient les suivants:

1. Le chapitre IV *bis* dans son ensemble (de l'article 17 à l'article 17 *undecies*) est rédigé de manière très détaillée et analytique et dans un style juridique qui, à notre avis, ne devrait être accepté sans difficultés que par les pays de *common law*.

Il serait plus facile à des pays, comme l'Italie, de tradition romano-germanique, d'adopter le texte si le style en était plus concis et si l'on accordait une plus large place à la fonction traditionnelle des règles nationales de procédure – à savoir combler certaines lacunes – qui régissent, dans chaque pays, l'exercice du référé pour des raisons d'urgence.

2. Il conviendrait de préciser (que ce soit dans le texte du projet de dispositions, dans un commentaire officiel ou dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne) qu'au chapitre IV *bis*, le mot "partie" ne peut désigner qu'une "partie à la convention d'arbitrage" et non un tiers dont la situation risque d'être affectée par la mesure provisoire ou l'injonction préliminaire mais qui n'a pas consenti à être assujetti à la compétence du tribunal arbitral.

Le paragraphe 2 de l'article 17 *quater* est un bon exemple de disposition dont – pense-t-on – la sécurité juridique serait renforcée si les précisions proposées ci-dessus y étaient insérées.

3. Compte tenu de la vive opposition manifestée par un certain nombre de délégations au sein du Groupe de travail contre la formule, finalement retenue à l'article 17-1 et à l'article 17 *ter*-1, permettant aux parties d'exclure l'application de ces dispositions, la Commission voudra peut-être réexaminer l'opportunité de présenter un texte définitif proposant aussi l'autre solution, à savoir celle consistant à autoriser les parties à accepter l'application des dispositions par convention.

Ainsi, le texte donnerait le choix pour le début de l'article 17-1 et de l'article 17 *ter*-1, entre les formules "Sauf convention contraire des parties" et "Si les parties en conviennent ainsi" ou tout autre libellé équivalent.

Commentaires sur le projet de dispositions législatives relatives à la forme de la convention d'arbitrage (Annexe II)

L'annexe II contient une nouvelle version "longue" et révisée de l'article 7 ("Définition et forme de la convention d'arbitrage") et un texte "court" à titre de variante ("Définition de la convention d'arbitrage").

La préférence va à la proposition principale, c'est-à-dire à la proposition "longue" qui a pour objectif essentiel d'introduire une distinction importante qui mérite d'être approuvée.

En un mot, cette proposition distingue entre la certitude quant à la volonté des parties de se soumettre à un arbitrage et la certitude des règles destinées à régir la conduite de la procédure d'arbitrage.

Si de nombreux systèmes juridiques nationaux exigent encore que la convention d'arbitrage soit écrite afin de garantir le premier type de certitude (c'est-à-dire quant à la volonté de procéder à un arbitrage), la proposition de révision de l'article 7 (texte long) entend parvenir à un changement radical de perspective en mettant davantage l'accent sur le deuxième type de certitude (c'est-à-dire quant aux règles destinées à régir la procédure d'arbitrage).

En fait, la révision proposée de l'article 7 (texte long) permet aux parties de choisir librement la façon d'exprimer leur volonté ou leur acceptation de se soumettre à l'arbitrage (elles peuvent même le faire "verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens"), alors que la prescription de forme demeure mais dans un but différent, à savoir garantir la certitude des règles qui régiront la procédure d'arbitrage en exigeant qu'elles soient "consignées".

La disposition essentielle est l'article 7-3, au sujet duquel la Commission est appelée à déterminer si, pour garantir la certitude des règles relatives à l'arbitrage, il vaudrait mieux définir l'exigence de forme par rapport aux "termes" consignés (première option entre crochets) ou au "contenu" consigné (deuxième option entre crochets).

L'Italie préfère nettement le mot "contenu" au mot "termes", car il semble mieux décrire la substance interne prescriptive d'une convention pour laquelle le droit exige le recours à une forme externe.

Cela étant, il s'agit simplement de l'expression d'une préférence entre les mots "termes" et "contenu". La Commission voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable d'adopter une formulation différente et plus satisfaisante pour l'ensemble de l'article 7-3, à condition toujours que le choix fondamental d'exiger la forme écrite dans le seul but de garantir la certitude des règles d'arbitrage soit préservé sur le fond.

Commentaires sur le projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article IV de la Convention de New York (Annexe III)

Ce projet de déclaration fait l'objet d'un avis favorable.

Bien qu'il risque d'être difficile d'évaluer, en termes juridiques précis, dans quelle mesure la déclaration, si elle est adoptée, permettra une plus grande uniformité dans l'interprétation de la Convention de New York, il serait illusoire de penser qu'une solution différente et plus ambitieuse aurait plus de chance d'aboutir.

A/CN.9/609/Add.1

Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales . . . . . .

A. États membres . . . . . .

2. Chine . . . . . .

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

A. États membres

2. Chine

[Original: chinois]
[26 avril 2006]
Lettre administrative MC/DTL n° 26[2006]

Commentaires en réponse aux projets de documents pertinents du Groupe de travail II de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Nous avons bien reçu les trois projets de documents élaborés par le Groupe de travail II (arbitrage et conciliation), qui nous ont été transmis par la CNUDCI. Après examen, nous vous faisons part, ci-après, de nos commentaires:

I. Dispositions législatives révisées sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires

I) Commentaires généraux sur le texte dans son ensemble

Le présent projet développe considérablement les dispositions de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 traitant du pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires. Les termes "mesures provisoires" et "injonctions préliminaires" sont proches par leur sens des "mesures conservatoires", que connaît le système juridique chinois et qui peuvent porter sur des biens ou sur des preuves. La loi chinoise sur l'arbitrage

dispose dans son article 28 que "… Si l'une des parties demande la conservation de biens, la commission d'arbitrage soumet sa demande à un tribunal populaire, en vertu des dispositions pertinentes de la loi de procédure civile"; et, dans son article 46, que "… Si les parties demandent une telle conservation, la commission d'arbitrage soumet leur demande au tribunal populaire de base de l'endroit où la preuve est située." Autrement dit, le droit chinois n'a pas donné au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires, ni celui d'ordonner des mesures provisoires ou de prononcer des injonctions préliminaires. Le présent projet diverge donc à cet égard des dispositions pertinentes de la loi chinoise de procédure civile et de la loi sur l'arbitrage. Il n'y a pas de base juridique en Chine pour la reconnaissance et l'exécution par les tribunaux de mesures provisoires et d'injonctions préliminaires prononcées par des tribunaux arbitraux étrangers.

II) Commentaires sur certaines dispositions

Dans le prolongement de notre point de vue général exposé ci-dessus, nous proposons de modifier certaines dispositions comme suit:

1. Paragraphe 1 b) de l'article 17 *bis* – Conditions d'octroi des mesures provisoires dans l'annexe I, Dispositions législatives révisées sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires, nous suggérons de supprimer entièrement l'alinéa b) "Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond de la demande principale, …", car il n'est pas facile de dire avec précision la probabilité de succès de la demande au moment où la partie la dépose. De plus, il reste la question délicate de savoir qui déterminera cette probabilité, et par quels moyens. C'est un calcul qui prend du temps. Or, les mesures provisoires revêtent un caractère d'urgence qui ne permet pas d'attendre longtemps une décision sur l'existence d'une éventuelle probabilité de succès. Un retard va à l'encontre des dispositions relatives aux mesures provisoires.

2. Paragraphe 5 de l'article 17 *quater* – Régime spécifique applicable aux injonctions préliminaires, nous suggérons, dans la phrase "Une injonction préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal", de supprimer les mots "mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal", car une injonction préliminaire qui n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal ne produira pas d'effet réel.

3. Article 17 *quinquies* – Modification, suspension, rétractation, nous suggérons d'insérer à la troisième ligne les mots "si celle-ci est justifiée" après les mots "à la demande de l'une des parties", car il est inacceptable qu'une demande ne soit pas justifiée.

4. Paragraphe 1 de l'article 17 *novies* – Reconnaissance et exécution, nous suggérons de supprimer les mots "sauf indication contraire du tribunal arbitral", car un tribunal arbitral ne devrait pas donner d'indication contraire une fois qu'il a prononcé une "mesure provisoire". La phrase laisse peu de place à une compréhension raisonnable.

II. Dispositions législatives révisées sur la forme de la convention d'arbitrage

I) Commentaires généraux sur le texte dans son ensemble

Ce texte est une tentative, compte tenu des progrès technologiques, de réviser, par une interprétation élargie, l'exigence de la "forme écrite" prévue à l'article 7 de la Loi type, "Définition et forme de la convention d'arbitrage". La loi sur l'arbitrage en vigueur en Chine exige elle aussi que les conventions d'arbitrage se présentent "sous forme écrite". Avec le progrès technologique, les communications interpersonnelles et la conclusion de contrats s'effectuent par des moyens de plus en plus variés, ce qui demande incontestablement un élargissement correspondant de l'interprétation de l'exigence de l'"écrit", d'où la nécessité de réviser l'article 7 de la Loi type. Dans cette optique, nous préférons la première variante, qui indique dans des termes précis dans quelles conditions la convention d'arbitrage revêt la "forme écrite", et qui est plus facile à appliquer, tout en étant compatible avec la conception de la forme écrite des contrats dans la pratique chinoise actuelle.

II) Commentaires sur certaines dispositions

1. Paragraphe 3 de l'article 7 – Définition et forme de la convention d'arbitrage. Au point 1) Projet d'article 7 révisé, figurant à l'annexe II, Dispositions législatives révisées sur la forme de la convention d'arbitrage, nous suggérons de remplacer, à la deuxième ligne, le mot "consigné" par le mot "établi", dont le sens est plus large.

2. Article 7 – Définition et forme de la convention d'arbitrage, figurant au point 2) Autre proposition. Le texte, moins que satisfaisant, devrait être écarté.

III. Projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York

Le projet de déclaration vise à exprimer le souhait que les États donnent sans tarder leur interprétation des exigences de forme pour les conventions d'arbitrage de manière à suivre l'évolution des formes de l'écrit dans la société moderne. L'objectif ultime est de conduire à la reconnaissance et à l'exécution les plus larges possibles des sentences arbitrales commerciales internationales dans différents États. La déclaration correspond à la révision et à l'amélioration de l'article 7 de la Loi type. Nous considérons que le texte actuel de la déclaration est approprié et, par conséquent, tout à fait acceptable.

IV. Expressions dans les textes chinois et anglais

En ce qui concerne les décalages entre certaines expressions dans les textes chinois et anglais, nous proposons d'examiner et de finaliser notre texte après les réunions qui se tiendront plus tard cette année ou l'année prochaine, lorsque les textes anglais seront mis définitivement au point.

A/CN.9/609/Add.2

Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales . . . . . .

A. États membres . . . . . .

3. Allemagne . . . . . .

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

A. États membres

3. Allemagne

[Original: anglais]
[8 mai 2006]

Le Gouvernement allemand souhaiterait exprimer ses remerciements pour l'excellent projet. Ses commentaires sont les suivants:

1. Mesures provisoires, article 17 et suivants

Le Gouvernement allemand accueille avec satisfaction les projets d'article 17 et suivants actuellement présentés. Nous n'avons par conséquent pas l'intention de faire des propositions de modification.

2. Prescription de la forme écrite, article 7

Le Gouvernement allemand est favorable à l'autre proposition, qui ne comprend aucune disposition sur la forme de la communication. Ce sont surtout les circonstances réelles dans la pratique qui justifient cette solution, car les conventions d'arbitrage ne se présentent généralement pas sous forme écrite.

De plus, la fonction d'"avertissement" de la forme écrite est probablement devenue obsolète à présent car l'arbitrage est considéré comme égal à une procédure devant une juridiction nationale. En outre, comme la première solution prévoit aussi la possibilité de présenter la convention par écrit rétrospectivement, on ne peut plus considérer la forme écrite comme ayant cette fonction d'"avertissement"; les deux modèles aboutissent ainsi au même résultat. Le fait que la forme écrite peut être utilisée à des fins probatoires n'a d'incidences pratiques que pour la production de

preuves et, donc, justifie également la suppression de toute condition de forme. Enfin et surtout, les déclarations dont le pays autorise déjà la liberté de forme et qui unanimement n'ont fait état que d'un bilan positif ont été convaincantes.

3. Relation avec le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York

La déclaration relative au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York doit être favorablement accueillie comme une solution provisoire. Cela étant, une révision de la Convention même devrait être sérieusement envisagée dans l'avenir. Elle pourrait certes représenter beaucoup de travail, mais cette solution devrait être préférée car il en ressortira une plus grande sécurité juridique. Si la Convention n'est pas modifiée, des solutions telles que la déclaration proposée ne feront qu'atténuer les problèmes découlant d'instruments juridiques. Les problèmes resteront néanmoins entiers. C'est pourquoi, il faudrait s'efforcer de s'y attaquer aussi directement.

A/CN.9/609/Add.3

Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales . . . . . .

A. États membres . . . . . .

4. Belgique . . . . . .

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

A. États membres

4. Belgique

[Original: français]
[12 mai 2006]

Les présentes observations se limitent au projet de dispositions législatives sur la forme écrite de la convention d'arbitrage et au projet de déclaration relative à l'interprétation de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

1. En ce qui concerne le projet de dispositions législatives sur la forme écrite de la convention d'arbitrage, trois observations peuvent être faites.

1.1. La première concerne le fait que ce projet de dispositions législatives énonce deux propositions différentes de révision de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international et qu'il semble être envisagé que ces deux propositions pourraient être simultanément approuvées par la Commission.

Ces deux propositions paraissent pourtant inconciliables puisque la première entend assouplir l'exigence de l'écrit posée par l'article 7 pour la convention d'arbitrage tandis que la seconde entend, au contraire, la supprimer.

La Belgique estime dès lors qu'il convient d'opérer un choix et que la première proposition, visant à assouplir l'exigence de l'écrit, devrait être préférée.

L'exigence d'un écrit pour la convention d'arbitrage constitue, en effet, une exigence légitime au regard de l'impact de cette convention sur le droit fondamental d'accès aux tribunaux. S'il est justifié d'assouplir cette exigence afin de l'adapter

aux nécessités du commerce international, la Belgique estime, par contre, qu'il serait excessif de la supprimer purement et simplement.

1.2. La seconde observation est relative au contenu de la première proposition évoquée ci-dessus de révision de l'article 7 de la Loi type, et plus particulièrement à la formulation de son paragraphe 3.

La Belgique estime que cette disposition ne devrait pas être interprétée en ce sens qu'un document écrit totalement extérieur aux parties, tel un exemplaire du règlement d'un organe d'arbitrage, pourrait être considéré comme constituant une convention d'arbitrage sous forme écrite.

L'article 7, paragraphe 3, devrait, au contraire, être interprété en ce sens que, d'une part, il requiert dans tous les cas l'existence d'un document écrit émanant d'au moins une partie, telle une proposition écrite, même sous forme simplifiée, de conclure une convention d'arbitrage, mais que, d'autre part, il ne requiert pas que la finalisation du processus contractuel ait été constatée en tant que telle par un contrat "en bonne et due forme", dès lors que la preuve de cette finalisation sur base du document écrit existant pourra être apportée.

Un commentaire explicatif devrait préciser ce point.

1.3. En complément de l'observation précédente, la Belgique souhaite préciser qu'elle n'est pas favorable à la modification proposée à l'article 35, paragraphe 2, de la Loi type en vue d'y supprimer l'exigence selon laquelle la partie qui demande l'exécution d'une sentence arbitrale doit fournir l'original de la convention d'arbitrage.

Une telle modification créerait, en effet, une disparité entre la Loi type et la Convention de New York qui ne semble pas souhaitable.

2. En ce qui concerne le projet de déclaration relative à l'interprétation de la Convention de New York, il semble pouvoir être considéré que cette déclaration interprétative devrait avoir pour objet de faire le lien entre les modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 7 de la Loi type et la Convention de New York.

La Belgique estime dès lors que, si la révision de l'article 7 de la Loi type vise à assouplir l'exigence de l'écrit posée par cet article pour la convention d'arbitrage (cf. point 1.1. ci-dessus), la déclaration interprétative devrait avoir pour objet de recommander la prise en compte de cet assouplissement dans le cadre de l'interprétation de la même exigence d'un écrit formulée par l'article II de la Convention de New York.

La Belgique s'interroge dès lors sur l'opportunité d'inclure dans la déclaration une référence à l'article VII de la Convention de New York étant donné que le recours à ce dernier article dans le présent contexte présuppose une mise à l'écart de l'article II de la Convention.

A/CN.9/609/Add.4

Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales . . . . . .
A. États membres . . . . . .
5. Royaume-Uni. . . . . .

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

A. États membres

5. Royaume-Uni

[Original: anglais]
[18 mai 2006]

Commentaires du Royaume-Uni sur l'article 17 de la Loi type et les travaux futurs de la CNUDCI

À la suite de la dernière réunion du Groupe de travail à New York, nous sommes convenus d'envoyer des commentaires sur les travaux de la CNUDCI, eu égard à son récent projet relatif aux mesures provisoires et en particulier aux "injonctions préliminaires".

Comme nous l'avons signalé lors de cette réunion, le Royaume-Uni éprouve des sentiments partagés concernant l'achèvement de ce projet.

D'un côté, nous nous réjouissons bien entendu de ce que le Groupe de travail ait finalement abouti à un projet de texte qui a été approuvé et qui pourra être soumis à la Commission le mois prochain, ce qui ouvre enfin la voie à de nouveaux projets. Nous tenons notamment à féliciter le Président et le secrétariat du travail qu'ils ont fourni sans relâche et de leurs talents rédactionnels qui ont permis de parvenir à une solution définitive après de nombreuses sessions difficiles.

D'un autre côté, toutefois, c'est la nature même du processus qui suscite de sérieuses préoccupations – abstraction faite de nos réserves quant au fond de la nouvelle disposition (qui sont maintenant consignées et sur lesquelles il n'y a pas lieu de revenir).

En tout état de cause, le projet de texte du Groupe de travail sur les “injonctions préliminaires” a suscité des controverses considérables au sein de la CNUDCI mais aussi, ce qui est plus inquiétant, à l’extérieur. Avant même que la Commission n’examine la nouvelle disposition, il apparaît d’ores et déjà que celle-ci aura de nombreux opposants dans le milieu international. Cela n’exclut pas qu’elle ait aussi des partisans, mais pour nous, la question essentielle est de savoir si la CNUDCI devrait jamais se trouver dans une telle situation. Il ne nous vient à l’esprit aucun projet précédent (en dehors de la Loi type elle-même) dont la gestation a été si problématique et qui a demandé autant de ressources pour aboutir, en ce qui concerne les “injonctions préliminaires”, à des résultats que l’on pourrait juger plutôt modestes.

Dès les débuts de ce projet, il est apparu à l’évidence qu’il n’y avait pas de consensus international sur la question des mesures “*ex parte*”. Il y avait – et il subsiste – au contraire un profond désaccord entre les spécialistes. Le résultat était inévitable: débats prolongés, problèmes lors des sessions du Groupe de travail, et un projet de texte final qui comporte les faiblesses de tout compromis durement négocié.

Comme nous l’avons signalé précédemment, nous nous inquiétons de ce que le résultat final risque de nuire au prestige international de la CNUDCI et à son influence future. La CNUDCI jouit à l’échelle mondiale d’une réputation inégalée dans le développement du droit commercial. Selon nous, son succès est essentiellement attribuable au fait qu’elle est acceptée en tant qu’organisme neutre et spécialisé, capable d’exprimer un consensus international, et ayant donc une influence considérable dans diverses cultures et traditions juridiques. Elle a été, et devrait être, à l’origine d’innovations, mais elle devrait rester dans les limites de la prudence. Dès lors que ses travaux paraissent sujets à controverses ou comme servant les intérêts d’un nombre limité de délégations dominantes, elle risque de perdre ce prestige. De même, dès lors que ses méthodes de travail sont jugées inefficaces en termes de coûts et de temps, elle risque d’éprouver de bien plus grandes difficultés à s’attacher et à retenir la participation de la communauté internationale.

Cela est d’autant plus regrettable dans ce cas précis que l’aspect relativement secondaire des mesures “*ex parte*” a pu compromettre le reste du projet ainsi que le projet de texte sur les mesures “*inter partes*” qui, pour sa part, est tout à fait louable.

Nous estimons qu’il faudrait garder cette expérience à l’esprit dans l’organisation des travaux futurs de la CNUDCI. Nous espérons notamment que cette dernière continuera d’innover et de faire avancer le consensus international aussi loin que possible. Cela dit, il est essentiel qu’elle évite dans la mesure du possible les “pommes de discorde”, les divisions internes, et la mobilisation de ressources disproportionnées.

Le Royaume-Uni soutient fermement les travaux de la CNUDCI et continuera de le faire. Nous espérons que ces quelques remarques seront perçues, comme nous les entendons, en tant que commentaires constructifs et nous comptons collaborer étroitement avec la CNUDCI dans ses travaux futurs sur le sujet.

A/CN.9/609/Add.5

Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales . . . . . .

A. États membres . . . . . .

6. France. . . . . .

II. Commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

A. États membres

6. France

[Original: français]
[29 mai 2006]

Observations d'ordre général

1. La délégation française a le regret de souligner que le mode de fonctionnement du Groupe de travail n'a pas répondu à toutes ses attentes. Il lui a semblé qu'à de multiples reprises tous les efforts n'avaient pas été déployés afin de parvenir à des solutions véritablement consensuelles. Ainsi le Groupe de travail n'a malheureusement pas tenu compte des réticences – majoritaires lors de la précédente session plénière – qui se sont exprimées au sujet des "injonctions préliminaires" et a préféré ne rien modifier aux dispositions élaborées sur ce sujet. De même, il a adopté une disposition en matière d'"injonctions antipoursuites" en dépit des réserves exprimées par de nombreuses délégations. Les rapports du Groupe de travail sont parfois elliptiques sur ces sujets, ne mettant pas suffisamment en lumière le fait qu'un compromis n'a pu être obtenu que dans des conditions particulièrement difficiles.

2. Quant au fond, la délégation française dresse un bilan mitigé des travaux du Groupe, auquel elle a néanmoins participé de façon active et constructive. Si les définitions des mesures provisoires susceptibles d'être ordonnées par un arbitre international sont généralement bienvenues, de nombreuses dispositions sont empreintes d'une lourdeur excessive – la comparaison avec les dispositions d'origine de la Loi type est parlante à cet égard – quand elles ne sont pas contestables du point de vue de la pratique de l'arbitrage.

3. Tout ceci obère, du point de vue de la France, la qualité et la portée universelle souhaitée des nouvelles dispositions législatives types. À ce propos, un colloque organisé au mois de février dernier au Sénat, à Paris, au sujet du projet de la CNUDCI a montré que, pour bon nombre de membres de la doctrine française et du monde de l'arbitrage, les dispositions types suscitaient de nombreuses et fortes réserves qui, dans l'ensemble, vont dans le sens de celles formulées par la délégation française pendant le déroulement des travaux.

Mesures provisoires et conservatoires

Projet d'article 17-2 b) – injonctions antipoursuites

4. La délégation française est opposée à l'introduction des "mesures antipoursuites" au rang des mesures provisoires ordinaires. Ce type de mesures n'appartient pas en effet à la catégorie des mesures provisoires. Il est en outre étranger à la tradition du droit continental. Les injonctions antipoursuites sont contestables, puisqu'elles aboutissent à priver une partie des voies de droit dont elle est normalement apte à bénéficier. C'est la raison pour laquelle, au demeurant, cette approche est controversée au sein de l'Union européenne[1].

5. La délégation française souhaite la suppression de cette disposition qui a été introduite dans les dispositions révisées sans débat approfondi sur les conséquences qu'elles pourraient avoir pour l'économie d'ensemble des dispositions (cf. *supra*, point 1).

Projet d'article 17 ter *– injonctions préliminaires*

6. Un groupe important de pays a partagé les objections majeures de la délégation française vis-à-vis de ces mesures, estimant qu'elles allaient à l'encontre de l'autonomie de la volonté des parties, fondement de l'arbitrage commercial international. Ces mesures sont également de nature à porter atteinte au principe du traitement égal des parties. La délégation française propose donc à nouveau – car cette suggestion avait recueilli lors de la session précédente l'approbation de nombreuses délégations – que ces mesures ne soient permises qu'à la condition qu'elles aient été admises au préalable par les parties dans leur convention d'arbitrage. Cette formule d'option positive n'exclurait nullement la possibilité d'un usage effectif de ces mesures, car elle pourrait être insérée dans une convention type d'arbitrage à laquelle peuvent se référer les parties pour le règlement de leurs litiges. Il s'agit donc d'une véritable formule de compromis qui serait susceptible de rendre acceptable l'introduction dans le droit de l'arbitrage des mesures *ex parte*, qui ont été admises sous la forme d'injonctions préliminaires.

---

[1] Voir à ce sujet l'arrêt CJCE du 27 avril 2004, aff. C-159-02, Turner, selon lequel "la Convention de Bruxelles s'oppose au prononcé d'une injonction par laquelle une juridiction d'un État contractant interdit à une partie à la procédure pendant devant elle d'introduire ou de poursuivre une action en justice devant une juridiction d'un État contractant".

Projet d'article 17 quater, *alinéa 4 – caractère non exécutoire des injonctions préliminaires*

7. De façon peu logique compte tenu de l'intérêt porté par le Groupe de travail à cette extension novatrice des pouvoirs de l'arbitre, il a été précisé qu'"une injonction préliminaire s'impose aux parties, mais n'est pas susceptible d'exécution par un tribunal". C'est là ôter à ces mesures une grande partie de leur efficacité car les personnes morales, notamment les établissements bancaires, auxquelles l'arbitre va s'adresser pour obtenir la mise en œuvre de telles injonctions ne sauraient obtempérer sans titre exécutoire. Il serait donc souhaitable de supprimer cette phrase tout en maintenant la suivante qui indique qu'une injonction préliminaire ne constitue pas une sentence.

Projet d'article 17 decies *– motifs du refus de la reconnaissance de l'exécution*

8. La délégation française ne peut que rappeler sa position à ce sujet. Le texte proposé, qui combine des dispositions inspirées de la Convention de New York, relatives aux sentences arbitrales, avec d'autres qui découlent plus spécifiquement d'exigences propres aux mesures provisoires, constitue un dispositif de doubles conditions excessives et disproportionnées[2].

Forme écrite de la convention d'arbitrage

9. La délégation française soutient sur le fond les projets de dispositions élaborés par le Groupe de travail. Elle propose toutefois que la rédaction en soit plus ramassée. Le projet d'article 7 révisé contient en particulier un alinéa 4 relatif aux communications électroniques, qui serait susceptible d'être supprimé ou allégé, car il s'agit en réalité d'une définition et non d'une norme ayant valeur prescriptive. Référence pourrait simplement être faite aux documents de la CNUDCI ayant trait au commerce électronique.

---

[2] Pour mémoire, la délégation française avait formulé une proposition de rédaction plus synthétique:

1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme s'imposant aux parties et [sauf indication contraire du tribunal arbitral] est mise à exécution sur demande de la partie qui l'a obtenue [ou du tribunal arbitral] auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée.

2. La juridiction étatique peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire uniquement si:

a) À la demande d'une partie, elle constate:
- que cette partie n'a pas été informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale;
- que la partie contre laquelle la mesure est dirigée n'a pu présenter ses arguments en fonction des conditions prévues à l'article 17;
- que le tribunal arbitral ne disposait pas [était privé] des pouvoirs d'ordonner une telle mesure provisoire ou conservatoire.

b) De son propre chef, elle constate:
- que la mesure sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables à moins qu'une reformulation de la mesure ne soit possible pour l'adapter à ces règles;
- que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire serait contraire à l'ordre public reconnu par la juridiction étatique.

10. De façon surprenante, l'abandon de l'exigence de la forme écrite a également été proposé comme solution alternative. La délégation française ne souhaite pas que cette autre approche figure dans les dispositions révisées. Ce serait en effet singulièrement affaiblir les dispositions adoptées par le Groupe de travail afin d'épouser au plus près la réalité actuelle du droit de l'arbitrage en la matière. Et il est souhaitable, de façon générale, de faire un usage aussi limité que possible des variantes, dans la mesure où il s'agit d'orienter les États vers les solutions paraissant les plus adéquates. Surtout, la proposition d'abandonner totalement l'exigence de la forme écrite n'avait pas recueilli l'assentiment du Groupe de travail.

A/CN.9/609/Add.6

Projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Page

II. Observations reçues des États Membres et des organisations internationales . . . . . .

A. États Membres. . . . . .

Autriche . . . . . .

II. Observations reçues des États Membres et des organisations internationales

A. États Membres

Autriche

[Original: anglais]
[6 avril 2006]

Observations sur le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et l'exigence de forme pour la convention d'arbitrage

Le Ministère de la justice autrichien remercie la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de lui donner l'occasion de formuler des observations sur le projet de texte que le secrétariat a eu tant de mérite à élaborer en tenant compte des débats du Groupe de travail II à sa quarante-quatrième session à New York. Comme l'a demandé le Secrétaire général, nos observations seront très concises et iront à l'essentiel.

D'une manière générale, l'Autriche trouve le projet de texte actuel acceptable et saisit cette occasion pour féliciter le secrétariat du travail remarquable qu'il a fourni pendant et entre les réunions du Groupe de travail consacrées à ce sujet.

Il y a cependant deux points dont l'Autriche ne se satisfait pas vraiment:

Premièrement, elle voudrait rappeler que, selon elle, il n'est ni souhaitable ni approprié de conférer aux tribunaux arbitraux le pouvoir de prononcer des injonctions préliminaires *ex parte*. Il faudrait toujours donner à la partie contre laquelle une mesure provisoire est demandée la possibilité de présenter sa position avant le prononcé d'une telle mesure.

L'Autriche reste donc critique à l'égard du projet d'article 17 *ter* de la Loi type malgré les précautions particulières prévues à l'article 17 *quater*, notamment à son

paragraphe 5. La solution prévue au paragraphe 1 de l'article 17 *ter*, qui permet de ne pas appliquer la disposition, ne semble pas suffisante pour protéger les droits des parties. En règle générale, les parties à une convention d'arbitrage peuvent ne pas avoir conscience du risque de faire l'objet ultérieurement d'une injonction préliminaire dirigée contre elles et peuvent donc ne pas être prêtes à insérer une clause correspondante dans leur convention d'arbitrage.

Deuxièmement, comme l'Autriche l'a déjà souligné lors des réunions du Groupe de travail, elle est extrêmement sceptique quant à la formulation de l'exigence de forme à l'article 7 de la Loi type et s'oppose donc fermement à l'idée qu'une convention d'arbitrage verbale ou résultant du seul comportement des personnes concernées puisse être conclue valablement. L'Autriche propose de s'en tenir au libellé actuel de l'article 7 de la Loi type étant donné qu'aucune des deux variantes pour un article 7 révisé ne répond à ses préoccupations et que, selon elle, il n'y a pas nécessité urgente d'abandonner les exigences énoncées dans l'article 7 actuel.

L. Note du secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux

(A/CN.9/610 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Page*
	Introduction	1-5	
I.	Liste des sujets initialement mentionnés comme travaux futurs envisageables	6-10	
	1. Liste des sujets examinés par la Commission	6	
	2. Autres sujets cités	7	
	3. Sujets proposés par des spécialistes de l'arbitrage	8-9	
	4. Conclusion de la Commission	10	
II.	Sujets les plus récemment évoqués comme travaux futurs envisageables	11-19	
	1. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	12	
	2. Arbitrabilité	13	
	3. Règlement des litiges en ligne	14	
	4. Immunité de l'État souverain	15	
	5. Autres sujets	16-19	

Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998), la Commission, se référant aux discussions tenues lors de la "Journée de la Convention de New York", organisée en juin 1998 pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (la "Convention de New York"), a estimé qu'il serait utile d'envisager la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage. Elle a prié le secrétariat d'établir une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante[1].

2. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17)), par. 235.

droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) (la "Loi type sur l'arbitrage") et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, au sein de l'instance universelle qu'elle constituait, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[2].

3. À l'issue du débat sur ses travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage commercial international, la Commission a confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle a baptisé Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), et a décidé que les points prioritaires devant être traités par ce dernier seraient la conciliation[3], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage énoncée au paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (l'"exigence d'un écrit")[4], la force exécutoire des mesures provisoires conservatoires[5] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[6].

4. Le Groupe de travail a achevé ses travaux sur la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale à sa trente-cinquième session en 2001 et ses travaux sur les questions concernant les mesures provisoires et l'exigence de forme pour les conventions d'arbitrage à sa quarante-quatrième session en 2006.

5. Afin de faciliter les débats de la Commission sur les sujets à examiner en priorité par le Groupe de travail, la présente note contient une liste des sujets abordés lors des sessions précédentes de la Commissions et les propositions faites au sein du Groupe de travail.

I. Liste des sujets initialement mentionnés comme travaux futurs envisageables

1. Liste des sujets examinés par la Commission

6. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission a examiné des sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs[7]. La liste de ces sujets, à l'exclusion de la conciliation et de l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, était la suivante:

a) Arbitrabilité[8]: il a été noté que les incertitudes quant au point de savoir si l'objet de certains litiges se prêtait ou non à l'arbitrage étaient source de problèmes dans l'arbitrage commercial international. Dans la mesure où cette question devrait

---

[2] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.
[3] Ibid.., par. 340 à 343 et par. 380.
[4] Ibid.., par. 344 à 350 et par. 380.
[5] Ibid., par. 371 à 373 et par. 380.
[6] Ibid., par. 374 à 376 et par. 380.
[7] Ibid., par. 340 à 380; A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 6; A/CN.9/468, par. 107.
[8] A/CN.9/460, par. 32 à 34 et *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 351 à 353.

être examinée, l'objectif ne devrait pas être de tendre vers l'uniformité, mais de promouvoir la transparence des solutions. Les activités pourraient, par exemple, être axées sur l'élaboration d'une disposition uniforme présentant trois ou quatre questions considérées en général comme non arbitrables et priant les États d'énumérer toutes les autres questions considérées par eux comme non arbitrables. Cependant, on a craint qu'une liste nationale des questions non arbitrables ne soit contraire à l'objectif visé, du fait de son manque de souplesse. Il a été déclaré que la question de l'arbitrabilité évoluait sans cesse (notamment par la jurisprudence) et que certains États pourraient juger peu souhaitable d'entraver cette évolution (voir ci-dessous, par. 13);

b) Immunité de l'État souverain[9]: compte tenu de l'importance fondamentale de cette question sur le plan pratique, l'idée de travaux préparatoires par le secrétariat a été soutenue. Il a été noté que cette question était source d'incertitudes et parfois de retards dans un certain nombre d'États (voir ci-dessous, par. 15);

c) Jonction de plusieurs instances arbitrales[10]: il a été noté que la jonction de plusieurs instances arbitrales n'était pas une question nouvelle et qu'elle revêtait une importance pratique dans l'arbitrage international, notamment lorsqu'un certain nombre de contrats liés entre eux, ou une chaîne de contrats, étaient conclus. Il pourrait aussi être utile que la Commission élabore des principes directeurs, afin d'aider les parties à rédiger des conventions d'arbitrage envisageant la jonction d'instances;

d) Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales[11]: il a été expliqué que les parties aux procédures arbitrales étaient de plus en plus préoccupées par l'absence de règles relatives à la confidentialité;

e) Demandes aux fins de compensation[12]: selon certains avis, il était en général tout à fait admis qu'un tribunal arbitral ne puisse connaître d'une demande que si celle-ci entrait dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. Il a été convenu que l'examen de cette question ne serait sans doute pas productif;

f) Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets[13]: on a jugé qu'il ne serait pas souhaitable de tenter de légiférer sur cette question qui posait des problèmes délicats, notamment lorsqu'il s'agissait de reconnaître et d'exécuter une sentence prononcée par un tribunal incomplet et qu'il serait difficile d'arriver à des solutions acceptables;

g) Responsabilité des arbitres[14]: il a été déclaré que de nombreux pays n'avaient pas de lois en la matière et qu'il serait utile que la Commission donne des solutions types. Selon un autre avis, vu les différentes approches adoptées selon les systèmes juridiques, la Commission ne devrait pas examiner cette question, car il était peu probable que l'on arrive à un consensus sur une solution viable;

---

[9] Ibid., par. 35 à 50, et ibid., par. 354 et 355.
[10] Ibid., par. 51 à 61, et ibid., par. 356 et 357.
[11] Ibid., par. 62 à 71, et ibid., par. 358 et 359.
[12] Ibid., par. 72 à 79, et ibid., par. 360 et 361.
[13] Ibid., par. 80 à 91, et ibid., par. 362 et 363.
[14] Ibid., par. 92 à 100, et ibid., par. 364 à 366.

h) Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts[15]: on a noté que le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts était une question très importante sur le plan pratique, qu'elle se posait souvent et pouvait concerner des sommes d'argent considérables. On a suggéré que la fourniture de conseils et de solutions types faciliterait l'arbitrage;

i) Frais d'arbitrage[16]: on a en général estimé qu'il n'était pas urgent de traiter les différentes questions relatives aux frais d'arbitrage;

j) Possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine[17]: on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que le droit jurisprudentiel qui en était à l'origine ne devrait pas être considéré comme une tendance[18]. On a toutefois fait valoir que ce point recouvrait un nombre plus grand de questions, telles que le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un motif de refus (comme un vice de procédure mineur ou un vice n'ayant pas d'incidences sur l'issue de l'arbitrage).

2. Autres sujets cités

7. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), les questions suivantes ont été citées parmi celles qu'il serait sans doute utile que la Commission aborde ultérieurement[19]:

a) Lacunes laissées par les parties dans leurs contrats et comblement de ces lacunes par un tiers ou un tribunal arbitral sur la base d'une autorisation donnée par les parties;

b) Changement de circonstances après la conclusion d'un contrat et possibilité pour les parties de charger un tiers ou un tribunal arbitral d'adapter le contrat au changement de circonstances;

c) Liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par une personne de leur choix et restrictions apportées à cette liberté sur la base, par exemple, de la nationalité, ou de l'appartenance à une association professionnelle;

d) Questions liées à l'interprétation de dispositions législatives telles que l'article II-3 de la Convention de New York (ou l'article 8-1 de la Loi type sur l'arbitrage) qui, dans la pratique, aboutissent à des résultats divergents, notamment pour ce qui est des pouvoirs dont dispose le tribunal judiciaire i) pour décider de renvoyer ou non les parties à l'arbitrage, ii) pour étudier si la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée, et iii) lorsque le défendeur fait valoir qu'une procédure arbitrale est en cours ou qu'une sentence arbitrale a été rendue;

e) Questions liées aux cas où une demande de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger a été présentée, mais où le défendeur invoque

---

[15] Ibid., par. 101 à 106, et ibid., par. 367 à 369.
[16] Ibid., par. 107 à 114, et ibid., par. 370.
[17] Ibid., par. 128 à 144, et ibid., par. 374 à 376.
[18] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.
[19] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 339; A/CN.9/468, par. 108.

i) l'existence d'une convention d'arbitrage, ou ii) le fait qu'une procédure arbitrale est en cours, ou iii) le fait qu'une sentence arbitrale a été rendue sur la même question. Ces cas n'étaient en général pas régis par les traités relatifs à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Des problèmes se posaient en particulier lorsque le traité applicable était conçu pour faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements, mais ne permettait pas de refuser la reconnaissance ou l'exécution au motif que le litige ayant fait l'objet du jugement entrait dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage, était examiné dans le cadre d'une procédure arbitrale en cours, ou avait fait l'objet d'une sentence arbitrale.

3. Sujets proposés par des spécialistes de l'arbitrage

8. Un certain nombre d'autres questions relatives à la Convention de New York, proposées par des spécialistes de l'arbitrage lors de la "Journée de la Convention de New York" organisée en juin 1998 pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention et qui pouvaient être examinées par le Groupe de travail à sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000), ont aussi été évoquées[20]:

a) Signification et effet d'une sentence non nationale, à savoir une sentence qui n'est pas considérée comme une sentence nationale dans l'État où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (par. 1 de l'article premier, deuxième phrase);

b) Clarification des termes "sentence arbitrale" au sens de la Convention. Couvraient-ils, par exemple, les sentences d'accord parties; les sentences découlant de traités; les sentences a-nationales; les décisions ayant le caractère d'une sentence dans des procédures apparentées à l'arbitrage, telles que l'*arbitrato irrituale*;

c) Détermination de la loi applicable à l'arbitrabilité en vertu du paragraphe 1 de l'article II;

d) Champ d'application du paragraphe 3 de l'article II concernant l'exécution de la convention d'arbitrage;

e) Loi applicable aux conventions pouvant être "caduques, inopérantes ou non susceptibles d'être appliquées" en vertu du paragraphe 3 de l'article II;

f) Compatibilité entre les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique et les conventions d'arbitrage régies par la Convention;

g) Conditions et procédure d'exécution énoncées à l'article III, lorsque la législation d'exécution contient des solutions divergentes;

h) Délai de prescription pour l'exécution d'une sentence au titre de la Convention lorsque la législation d'exécution prévoit une fois encore différents délais;

i) Pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V;

j) Signification et effet de la suspension d'une sentence arbitrale dans le pays d'origine (art. V i) e));

---

[20] A/CN.9/468, par. 109.

k) Signification et effet de la disposition relative à la législation la plus favorable (art. VII-1).

9. Rappelant la discussion sur le recours accru au commerce électronique et la question de savoir si les messages électroniques respectaient les prescriptions de forme pour les conventions d'arbitrage, la Commission a pris note des déclarations selon lesquelles il serait utile d'examiner les incidences des arbitrages "en ligne", à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance avaient lieu au moyen de communications électroniques. Il a également été convenu que le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique sur cette question (voir ci-dessous, par. 14)[21].

4. Conclusion de la Commission

10. Lors de l'examen de la question de ses travaux futurs à sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission n'a pas arrêté la forme que ceux-ci prendraient. Il a été convenu que des décisions seraient prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique)[22]. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret, ainsi que les questions pour lesquelles les décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative à la législation la plus favorable de l'article VII, paragraphe 1, de la Convention de New York de 1958; les demandes en compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes; la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix; le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder l'*exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York; et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts[23].

---

[21] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396; A/CN.9/468, par. 113.

[22] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 338.

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

II. Sujets les plus récemment évoqués comme travaux futurs envisageables

11. La Commission ou le Groupe de travail ont évoqué les sujets ci-après que le Groupe de travail pourrait examiner en priorité à l'avenir.

1. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

12. À ses trente-sixième (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003), trente-septième (New York, 14-25 juin 2004) et trente-huitième sessions (Vienne, 4-15 juillet 2005), la Commission a entendu des propositions tendant à ce que soit envisagée, pour inscription dans le futur programme de travail, une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) et de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[24]. Si des réserves ont été exprimées sur la nécessité de réviser le Règlement dans l'immédiat, l'idée d'entreprendre ces travaux à titre prioritaire a été soutenue. On a estimé que, compte tenu de l'utilisation étendue du Règlement d'arbitrage, toute révision nécessaire serait avantageuse pour les praticiens de l'arbitrage international. Il fallait, selon un avis, déterminer avec un soin particulier l'étendue d'une telle révision, laquelle devait être définie précisément afin de ne pas compromettre la stabilité de cette référence que constituait le Règlement d'arbitrage depuis plus de 30 années d'existence. On a proposé, afin de faciliter davantage cette révision éventuelle, de tenir des consultations préliminaires avec des praticiens en vue de dresser une liste des sujets sur lesquels une actualisation ou une modification était nécessaire. On a également considéré qu'un examen préliminaire d'une éventuelle révision du Règlement ne devrait pas empêcher le Groupe de travail d'envisager d'autres sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs, tels que le recours à l'arbitrage dans le gouvernement d'entreprise ou l'utilisation de mécanismes de règlement des litiges en ligne.

2. Arbitrabilité

13. À ses trente-sixième (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003), trente-septième (New York, 14-25 juin 2004) et trente-huitième (Vienne, 4-15 juillet 2005) sessions, la Commission a noté qu'il serait possible d'examiner en priorité les questions d'arbitrabilité, notamment l'arbitrabilité des litiges internes aux entreprises, mais aussi par exemple l'arbitrabilité dans les domaines des biens immeubles, de l'insolvabilité ou de la concurrence déloyale (voir ci-dessus, par. 6)[25].

---

[24] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), *par. 204; ibid., cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 60; ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 178; A/CN.9/573, par. 100; A/CN.9/592, par. 90 et 93.

[25] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 204; *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 60; *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 178; A/CN.9/573, par. 100, A/CN.9/592, par. 90.

3. Règlement des litiges en ligne

14. La Commission a pris note d'une proposition selon laquelle on pourrait envisager d'examiner en priorité les questions de règlement des litiges en ligne (voir ci-dessus, par. 9)[26].

4. Immunité de l'État souverain

15. Sur la question de l'immunité de l'État souverain, le Groupe de travail a noté à sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006) qu'en décembre 2004 l'Assemblée générale avait adopté la Convention sur l'immunité juridictionnelle (voir résolution A/RES/59/38). Il a été invité à examiner si, compte tenu de l'application de cette convention à l'immunité de juridiction d'un État et de ses biens devant les tribunaux d'un autre État, il était nécessaire d'aborder la question de l'immunité dans le contexte de l'arbitrage, sous l'angle de l'acceptation par un État de participer à une procédure d'arbitrage et de l'exécution de sentences arbitrales à l'encontre d'un État. On a estimé que la question de l'immunité de l'État souverain devait se limiter au moment de l'exécution et on s'est inquiété de ce que des travaux sur le sujet dans le domaine de l'arbitrage puissent prêter à confusion. L'idée d'entreprendre des travaux en la matière a néanmoins été soutenue, compte tenu notamment de la multiplication des cas, dans la jurisprudence, où des États ayant participé à des procédures d'arbitrage en matière d'investissement ne se conformaient pas aux sentences arbitrales. On a également attiré l'attention sur le fait que le sujet de l'immunité de l'État souverain soulevait des questions relevant de l'ordre public qui ne se prêtaient guère à l'harmonisation (voir ci-dessus, par. 6)[27].

5. Autres sujets

16. Un autre sujet proposé au Groupe de travail à sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006) pour examen éventuel était la révision de l'article 27 de la Loi type sur l'arbitrage qui permettait actuellement à un tribunal arbitral ou une partie de demander à un tribunal étatique une assistance pour l'obtention de preuves dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, mais qui autorisait ce tribunal étatique à satisfaire à cette demande, "dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves". Il a été proposé de réviser l'article 27 de sorte que le tribunal étatique soit tenu de fournir une telle assistance[28].

17. Il a par ailleurs été proposé de tenir compte de l'incidence des injonctions antipoursuites sur l'arbitrage international en modifiant de manière appropriée la Loi type sur l'arbitrage. On a fait remarquer que ces injonctions avaient un effet négatif sur l'arbitrage international, en augmentant à la fois son coût et sa complexité.

---

[26] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 60; *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 178; A/CN.9/573, par. 100; A/CN.9/592, par. 90.

[27] A/CN.9/592, par. 90 et 92.

[28] A/CN.9/592, par. 94.

18. Il a en outre été proposé que le Groupe de travail examine les incidences de l'arbitrage sur les tiers ainsi que l'arbitrage multipartite. Si le Groupe de travail est convenu qu'un tribunal arbitral n'avait pas compétence pour lier des personnes qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage, il a noté que cette question revêtait une importance particulière dans le contexte de l'octroi d'injonctions préliminaires. On a signalé un cas, par exemple, où, dans un arbitrage en matière d'investissement, le droit de participer à la procédure avait été accordé à des tiers qui pouvaient être affectés par la décision du tribunal arbitral. Le Groupe de travail est convenu qu'il pourrait aborder ces questions dans le cadre de travaux futurs[29].

19. Selon une proposition plus générale, la CNUDCI ne devrait pas se restreindre à traiter au coup par coup des questions spécifiques mais plutôt entreprendre des travaux d'élaboration d'un instrument international contraignant sur l'arbitrage commercial international, en tenant compte d'instruments précédents tels que la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 et d'autres textes semblables. Il a été dit que les travaux sur un tel projet ne devraient pas avoir pour objet de réviser des régimes d'arbitrage efficaces en pratique tels que la Convention de New York. Si ce projet plus étendu a suscité un certain intérêt, il a été conseillé au Groupe de travail de se garder d'inclure dans son programme de travail des projets prenant inutilement beaucoup de temps et de se concentrer sur des questions présentant un intérêt pratique pour les milieux de l'arbitrage[30].

---

[29] A/CN.9/592, par. 94.
[30] A/CN.9/592, par. 91.

A/CN.9/610/Add.1

Règlement des litiges commerciaux: travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Introduction	1-2	
Suggestions relatives à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	3-13	
Arbitrage multipartite	3	
Jonction de plusieurs instances arbitrales	4	
Tribunaux arbitraux incomplets et arbitres faisant entrave	5	
Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales	6	
Mesures provisoires	7	
Responsabilité des arbitres	8	
Demandes aux fins de compensation	9	
Intervention des tiers dans les procédures arbitrales	10	
Suggestions diverses	11-13	

Introduction

1. À ses trente-sixième (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003), trente-septième (New York, 14-25 juin 2004) et trente-huitième (Vienne, 4-15 juillet 2005) sessions, la Commission a entendu des propositions tendant à ce que l'on envisage d'inclure une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) et de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996) ("Aide-mémoire de la CNUDCI") dans les travaux futurs[1]. À la quarante-quatrième session du Groupe de travail (New York, 23-27 janvier 2006), si des réserves ont été exprimées sur la nécessité de réviser le Règlement dans l'immédiat, l'idée d'entreprendre ces travaux à titre prioritaire a été soutenue[2]. On a proposé, afin de faciliter davantage cette révision éventuelle, de tenir des consultations préliminaires avec des praticiens

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 204; ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 60; ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 178; A/CN.9/573, par. 100; A/CN.9/592, par. 90 et 93.

[2] A/CN.9/592, par. 93.

en vue de dresser une liste des sujets sur lesquels une actualisation ou une modification étaient nécessaires[3].

2. À sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005), il a été signalé à la Commission que l'année 2006 marquerait le trentième anniversaire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et qu'il était prévu d'organiser des conférences à cette occasion dans différentes régions pour échanger des informations sur l'application de ce Règlement et sa révision éventuelle[4]. Les 6 et 7 avril 2006, une conférence a été organisée à Vienne, en coopération avec le Centre d'arbitrage international de la Chambre économique fédérale d'Autriche. Il y a été proposé de modifier un certain nombre d'articles du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI afin de mieux aligner ce Règlement sur les pratiques actuelles d'arbitrage international et sur les dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type"). Pour faciliter à la Commission l'examen de ce sujet, la présente note donne un bref aperçu de quelques suggestions que les praticiens ont faites à ladite conférence. Cet aperçu ne devrait pas être considéré comme proposant une liste exhaustive des sujets à examiner par la Commission. Si la Commission décidait qu'une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI devait être envisagée par le Groupe de travail (Arbitrage), le secrétariat pourrait présenter au Groupe de travail, à sa prochaine session, une liste annotée plus détaillée sur les domaines pouvant faire l'objet d'une révision afin de l'aider à examiner ces domaines et les principes généraux devant présider à la révision du Règlement.

Suggestions relatives à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Arbitrage multipartite

3. Lorsqu'un arbitrage unique fait intervenir plus de deux parties (arbitrage multipartite), la procédure peut être plus complexe à gérer et les règlements de différentes institutions d'arbitrage ont été modifiés pour tenir compte de l'arbitrage multipartite[5]. On pourrait envisager de modifier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour remédier à cette situation. Les questions qui risquent d'être plus difficiles à traiter, en cas d'arbitrage multipartite, sont énumérées dans l'Aide-mémoire de la CNUDCI[6].

Jonction de plusieurs instances arbitrales

4. Dans des situations où plusieurs litiges distincts sont nés entre les mêmes parties au titre de contrats distincts (contrats connexes ou chaîne de contrats) qui contiennent des clauses compromissoires différentes, l'une des parties pourrait refuser que tous ces litiges soient réglés dans le cadre de la même procédure. Une

---

[3] Ibid.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 179.

[5] Par exemple, Règlement de la Chambre de commerce internationale (art. 10), Règlement du London Court of International Arbitration (art. 8.1) et Règlement de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (art. 18).

[6] CNUDCI, Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales, par. 86 à 88.

partie pourrait aussi demander un arbitrage séparé en ce qui concerne un litige distinct né du même contrat afin de s'assurer un avantage tactique. Dans de telles situations, la jonction d'instances pourrait être un moyen plus efficace de régler les litiges entre les parties tout en réduisant le risque que des arbitrages parallèles aboutissent à des sentences contradictoires. En vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la jonction d'instances arbitrales n'est possible que si les parties en conviennent spécifiquement[7].

Tribunaux arbitraux incomplets et arbitres faisant entrave

5. Lors d'une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, on pourrait s'intéresser à la situation dans laquelle un tribunal arbitral décide de poursuivre l'arbitrage malgré l'absence sans motif valable de l'un de ses membres ou lorsqu'il estime que l'un de ses membres entrave la procédure, et notamment ses délibérations[8]. La Commission voudra peut-être examiner les conséquences préjudiciables que peut avoir, pour la pratique de l'arbitrage commercial international, le retrait d'arbitres de mauvaise foi de la procédure arbitrale et, dans ce contexte, examiner la mesure dans laquelle les parties devraient pouvoir, par convention, mettre hors de doute la validité d'une sentence prononcée par un tribunal incomplet[9].

Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales

6. Le paragraphe 4 de l'article 25 et le paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI traitent du caractère confidentiel respectivement des audiences et des sentences, mais il n'y a pas de règles concernant la confidentialité de la procédure en tant que telle, ou de la documentation (y compris les pièces de procédure écrites) soumises au tribunal arbitral. Il a été suggéré qu'une disposition explicite à cet effet soit incluse dans une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Mesures provisoires

7. L'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui porte sur les mesures provisoires ou conservatoires, n'est pas compatible avec les dispositions législatives révisées sur les mesures provisoires qu'il est proposé d'insérer comme un nouveau chapitre IV *bis* dans la Loi type, disposition que la Commission devrait adopter à sa trente-neuvième session[10]. La question à examiner est de savoir si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure, l'article 26 doit faire pendant aux dispositions législatives révisées sur les mesures provisoires de la Loi type.

---

[7] Conformément au paragraphe 3 de l'article 19 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le défendeur peut former une demande reconventionnelle fondée sur le même contrat.

[8] Dans cet ordre d'idées, l'article 13 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI traite du remplacement d'un arbitre et le paragraphe 4 de l'article 32 de l'obligation pour la majorité des arbitres d'indiquer le motif de l'absence de signature d'un arbitre dans la sentence.

[9] A/CN.9/460, par. 80 à 91.

[10] A/CN.9/592, annexe 1.

Responsabilité des arbitres

8. La Commission voudra peut-être examiner si la question de la responsabilité des arbitres doit être examinée plus avant dans le contexte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. À présent, ni le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ni la Loi type n'abordent cette question[11].

Demandes aux fins de compensation

9. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI stipule que le défendeur peut invoquer un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation (art. 19). On a exprimé l'avis que la compétence du tribunal arbitral pour connaître des demandes présentées aux fins de compensation devrait dans certaines conditions s'étendre au-delà des limites du contrat sur lequel se fonde la demande principale. Les raisons invoquées sont l'efficacité de la procédure et l'intérêt d'éliminer les litiges entre les parties[12].

Intervention des tiers dans les procédures arbitrales

10. Des tiers, par exemple des organisations non gouvernementales, demandent souvent une possibilité d'expliquer leur position, notamment à propos d'arbitrages concernant des traités d'investissement. Le paragraphe premier de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui stipule que "le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié", pourrait être interprété comme conférant à celui-ci le pouvoir d'accepter des exposés écrits présentés en qualité d'*amicus curiae*. La Commission voudra peut-être examiner si une disposition se rapportant spécifiquement à l'intervention des tiers devrait être insérée dans une éventuelle version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Suggestions diverses

11. En vertu de l'article 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la notification d'arbitrage du demandeur doit indiquer la "nature générale" du litige et "l'objet de la demande". Par la suite, le tribunal arbitral est constitué sans que le défendeur n'ait la possibilité (ni soit obligé) de prendre position en ce qui concerne i) la compétence, ii) le litige ou iii) une demande reconventionnelle. Dans l'intérêt d'une procédure arbitrale simplifiée et plus efficiente, l'article 3 pourrait être modifié de manière à comprendre une disposition autorisant le défendeur à présenter une réponse à la notification d'arbitrage du demandeur.

12. L'article 35 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dispose actuellement que l'une des parties peut demander au tribunal de donner une interprétation de la sentence. Une question qui a été posée était de savoir si cette disposition devait ou non s'appliquer uniquement en cas de contestation des mesures que la sentence ordonnait aux parties de prendre.

---

[11] A/CN.9/460, par. 92 à 100.
[12] A/CN.9/460, par. 72 à 79.

13. Le paragraphe premier de l'article 39 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dispose que le montant des honoraires des membres du tribunal "doit être raisonnable". La Commission voudra peut-être examiner si des indications plus complètes à ce sujet devraient figurer dans un éventuel texte révisé du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

III. Passation de marchés

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005)

(A/CN.9/590) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3

II. Organisation de la session 4-8

III. Délibérations et décisions. 9-11

IV. Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services 12-111

A. Portée et étendue des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 4 à 23) 12-16

B. Propositions rédactionnelles 17-111

1. Remarques liminaires générales dans le Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation de marchés (A/CN.9/WG.I/WP.38, chapitre II, section B, sous-section 2 b)) 17-18

2. Équivalence fonctionnelle (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 24 à 29). 19-27

3. Critères d'accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 30 à 32) 28-33

4. Forme des communications – proposition de révision de l'article 9 de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 1 à 5). 34-42

5. Notion d'"électronique" et termes apparentés (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 6 à 12) 43

6. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 13 à 15) 44

7. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 16 à 18). 45

8. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 19 à 27) 46-49

9. Ouverture électronique des offres (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 28 à 32) 50-51

10. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1). 52-63

a) Remarques générales 52-54

b) Accès du public aux informations relatives à la passation des marchés – modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 5 de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.39 et A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 34 à 39) 55-59

c) Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 1 à 17, 38, 40 et 41) 60-62

d) Autres questions (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 18 à 33) 63

11. Enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1, par. 1 à 20) 64-105

a) Remarques générales (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 4 à 8) 64-66

b) Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (art. 19 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 9-17) 67-80

c) Phase précédant l'enchère (art. 47 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 18 à 25) 81-86

d) Déroulement de l'enchère (art. 47 *ter*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 26 à 35) 87-93

e) Modification de la Loi type pour permettre le recours aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 1 à 20) . . . 94-102

f) Emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées 103-105

12. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 21 à 29) . 106-111

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). Le Groupe de travail a entamé l'élaboration de 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 prochaines sessions 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. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005) (A/CN.9/575), le Groupe de travail a entrepris l'examen approfondi de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés; b) l'utilisation et les conditions d'utilisation des moyens de communication électronique dans le processus de passation et la soumission d'offres par voie électronique; c) les enchères électroniques inversées; et d) les offres anormalement basses (documents A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2,

A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.36). Le Groupe de travail a décidé de tenir compte dans la Loi type de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique (y compris des enchères électroniques inversées) ainsi que des offres anormalement basses, de poursuivre à sa huitième session l'examen approfondi de ces thèmes et des modifications à la Loi type qui en découlent en se fondant sur les projets de texte que le secrétariat aurait préparés (A/CN.9/575, par. 9).

3. À sa trente-huitième session en 2005, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux, et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172).

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa huitième session à Vienne du 7 au 11 novembre 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Italie, Jordanie, Lituanie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, République de Corée, République tchèque, Singapour, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Grèce, Haïti, Indonésie, Iraq, Irlande, Oman, Pérou, Philippines, République démocratique du Congo et Roumanie. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque africaine de développement, Commission européenne et Agence spatiale européenne (ESA);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association internationale du barreau, Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et Association européenne des étudiants en droit.

6. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Stephen R. KARANGIZI (Ouganda)

Président par intérim: M. Olawale MAIYEGUN (Nigéria)
(*Session du vendredi après-midi, 11 novembre 2005*)

Rapporteur: M. Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN (Colombie)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.37 et Corr. 1);

b) Une note sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics avec des propositions de textes (A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add. 1);

c) Une note sur la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés avec une étude comparative et des projets de texte (A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add. 1); et

d) Une note sur les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses avec des projets de textes (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1).

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 de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

9. À sa huitième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur les propositions de révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 7 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.38, 39 et 40 et leurs additifs).

10. Le Groupe de travail est convenu d'examiner en particulier, à sa neuvième session, les aspects suivants: a) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics, y compris l'échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation, comme les "critères d'accessibilité" et le principe voisin d'"équivalence fonctionnelle" de l'ensemble des moyens de communication; 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; c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux; et d) les offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres. Le secrétariat a été prié de présenter des projets de textes révisés sur ces sujets pour que le Groupe de travail les examine à sa prochaine session et d'étudier les aspects pratiques suivants du fonctionnement des enchères électroniques inversées: i) présélection, sélection et classement des soumissionnaires dans le contexte des enchères électroniques du Modèle 2 (voir par. 85 ci-dessous) et ii) l'utilisation des garanties de soumission

dans le contexte des enchères électroniques inversées (voir par. 100 ci-dessous). Le Groupe de travail a décidé d'aborder la question des accords-cadres et celle des listes de fournisseurs à sa prochaine session, s'il disposait de suffisamment de temps.

11. Le vendredi matin, le secrétariat a présenté brièvement les changements qu'il estimait nécessaire d'apporter aux projets de textes dont le Groupe de travail était saisi à la session en cours. Le secrétariat a également rendu compte oralement au Groupe des progrès réalisés dans la préparation d'études sur les questions des accords-cadres et des listes de fournisseurs, qui seront soumises au Groupe de travail pour examen à sa prochaine session. Certains représentants ont échangé des informations sur leur expérience dans ces domaines dans leurs pays respectifs.

IV. Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Portée et étendue des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 4 à 23)

12. Le Groupe de travail a examiné la portée et l'étendue des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation.

13. Le Groupe de travail a reconnu l'importance d'une bonne planification et d'une bonne administration des marchés pour un fonctionnement global efficace de ces derniers et de la réalisation des objectifs de la Loi type. Certaines délégations ont estimé que le champ d'application actuel de la Loi type, qui couvrait uniquement la phase de sélection du fournisseur ou entrepreneur auquel serait attribué le marché public, devait être étendu aux étapes de planification et d'administration des marchés (voir A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 12 et 13). L'avis général au sein du Groupe de travail a cependant été que le champ d'application de la Loi type devrait rester inchangé à cet égard et qu'il serait préférable de fournir, au paragraphe 10 du Guide pour l'incorporation, de plus amples précisions sur les bonnes pratiques en matière de planification et d'administration des marchés. D'un autre côté, toutefois, certains ont appuyé l'idée d'énoncer, dans la Loi type même, au moins des principes généraux minimums applicables à ces deux étapes. Le Groupe de travail, conscient que la question devait être examinée dans un contexte plus large, a décidé de revenir sur celle-ci ultérieurement lorsqu'il aborderait les modifications des articles pertinents de la Loi type.

14. En ce qui concerne la portée et la nature des modifications à apporter au Guide pour l'incorporation (voir A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 9 à 11 et 19 à 23), le Groupe de travail est convenu de ne pas examiner ces questions avant d'avoir étudié toute la Loi type. Cette approche, a-t-on dit, était nécessaire, compte tenu de l'articulation entre différentes dispositions de la Loi et le Guide, pour faire en sorte que le contenu et le niveau de détail soient suffisants et pour éviter des répétitions inutiles dans le Guide.

15. La proposition de donner davantage de précisions dans le Guide sur les aspects à traiter dans la réglementation, voire dans les projets de réglementation

eux-mêmes, compte tenu en particulier de l'utilité que cette réglementation pouvait avoir pour l'harmonisation du droit des marchés (voir A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 9) a bénéficié d'un certain soutien. On a cependant souligné que l'harmonisation de la réglementation des marchés devrait avoir pour but de faciliter les choses et ne devrait pas priver les États adoptants de toute marge de manœuvre et que la réglementation elle-même ne devrait pas être trop prescriptive.

16. Il a été rappelé que les modifications qui seraient apportées à la Loi type et au Guide pour tenir compte de l'utilisation des moyens électroniques de communication et de publication dans la passation des marchés publics devraient avoir pour objet de permettre et, selon qu'il convenait, de promouvoir cette utilisation sans toutefois exclure l'utilisation d'autres moyens, tels que le support papier, dans le processus de passation.

B. Propositions rédactionnelles

1. Remarques liminaires générales dans le Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation de marchés (A/CN.9/WG.I/WP.38, chapitre II, section B, sous-section 2 b))

17. Le Groupe de travail est convenu d'apporter les modifications suivantes au texte: i) remplacer les mots "d'autres objectifs socioéconomiques" par "les objectifs de politique générale" au paragraphe 3; ii) remplacer les mots "si possible" par "selon qu'il convenait" au paragraphe 4; et iii) reformuler les paragraphes 6 et 13 de manière positive, en soulignant que les États choisissant d'incorporer la Loi type révisée devraient adopter une législation générale sur le commerce électronique prévoyant la reconnaissance juridique, la validité et la force obligatoire des communications électroniques créées pendant le processus de passation.

18. Les avis ont divergé sur le point de savoir si les articles 5, 6 et 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (A/51/17, annexe I) devaient être cités dans le paragraphe 9. Certaines délégations ont estimé que la reproduction du texte intégral de ces articles se justifiait pour faire de la Loi type révisée et de son Guide pour l'incorporation un document complet et autonome, qui traiterait tous les aspects se rapportant à l'utilisation des communications électroniques dans les marchés publics. D'autres délégations, au contraire, ont jugé que le niveau de détail actuel du paragraphe 9 était inutile dans cette partie du Guide (qui contenait des remarques liminaires générales sur l'utilisation des communications électroniques), mais que les questions soulevées pouvaient être abordées dans une autre partie du Guide. Il a donc été proposé de supprimer le paragraphe 9, étant entendu que des renvois à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique suffiraient mais que des explications supplémentaires sur les dispositions de cette Loi seraient peut-être nécessaires. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'essayer, lorsqu'il réviserait le paragraphe 9 et renverrait, au besoin, aux dispositions d'autres textes dans d'autres parties du Guide, de concilier les considérations d'économie, de clarté et d'efficacité.

2. Équivalence fonctionnelle (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 24 à 29)

19. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait précédemment décidé d'énoncer un principe général d'"équivalence fonctionnelle" sur l'utilisation des communications

dans le processus de passation en employant des termes technologiquement neutres (A/CN.9/575, par. 12).

20. Le Groupe de travail est passé ensuite à l'examen des variantes A, B et C du texte du nouvel article 4 *bis* de la Loi type (qu'il était proposé d'intituler "Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents") (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 24 à 29).

21. Il a été noté que les trois variantes contenaient trois principaux éléments: premièrement, elles décrivaient les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation des informations ou documents et de tenue des réunions; deuxièmement, elles disposaient que l'utilisation de moyens électroniques aux fins de ces différentes actions suffirait; et, troisièmement, elles énonçaient des conditions d'utilisation des moyens électroniques (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 26).

22. S'agissant du premier élément, on a fait observer que les variantes A et C contenaient une liste des types de communications auxquels s'appliquait l'article, alors que la variante B donnait une description générique des types de communications visés sans les énumérer. Le Groupe de travail a décidé que la variante B était la meilleure des trois, car elle était la plus claire et la plus facile à appliquer et évitait le risque de voir les entités adjudicatrices chercher à exclure l'application de la disposition en recourant à une interprétation stricte des éléments figurant dans la liste. On a fait valoir cependant que la description générique ne serait peut-être pas suffisamment large pour englober tous les éléments de la liste, notamment l'ouverture électronique des offres, la publication d'information sur les marchés et l'obligation de placer un document dans une enveloppe scellée.

23. S'agissant du deuxième élément, on a fait observer que l'objet de la disposition était d'aborder toutes les formes de communication et d'assurer leur équivalence fonctionnelle. Bien que la nouveauté relative des formes électroniques de communication puisse demander plus d'explications que les formes traditionnelles, le Groupe de travail a insisté sur le fait que le texte devrait être rédigé de manière à englober toute forme de communication.

24. Quant au troisième élément, il a été rappelé que les conditions d'utilisation concernées étaient les "critères d'accessibilité" qui, selon la décision prise par le Groupe de travail à sa septième session, devraient s'appliquer au moyen de communication choisi (A/CN.9/575, par. 14). Il a été noté qu'un aspect de ces conditions était que tout moyen de communication pouvait être utilisé "à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux [critères d'accessibilité]". On a fait observer que la disposition telle qu'elle était rédigée laissait une importante marge d'appréciation à l'entité adjudicatrice, et qu'en même temps cette dernière n'était pas tenue de consigner par écrit la justification de sa décision quant au moyen de communication choisi, ni de faire figurer cette décision au procès-verbal de la procédure de passation du marché en vertu de l'article 11 de la Loi type. En conséquence, il a été proposé de dire "à condition que cette utilisation satisfasse aux [critères d'accessibilité]", critère purement objectif, et de revoir la question de l'obligation pour l'entité adjudicatrice de consigner le choix du moyen de communication lorsque le Groupe de travail examinerait la formulation des "critères d'accessibilité".

25. Selon une autre proposition, les “critères d’accessibilité” pourraient être énoncés ailleurs dans la Loi type, et le texte de l’article 4 *bis* proposé ne traiterait, par conséquent, que des deux premiers éléments ci-dessus.

26. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations sur la base de la variante B du projet d’article 4 *bis*, et a prié le secrétariat de remanier celle-ci pour prendre en considération ces propositions, en particulier de réviser le texte pour tenir compte de toutes les formes de communication, et sans énoncer les critères d’accessibilité dans cet article.

27. En ce qui concerne la description des communications, le Groupe de travail a noté que le projet de texte dont il était saisi faisait référence à la fois aux “méthodes” et aux “moyens” de communication (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 28). Il a examiné les avantages et les inconvénients des deux termes, et est convenu de poursuivre ses délibérations sur cette question à une date future.

3. Critères d’accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 30 à 32)

28. De l’avis général, les dispositions relatives aux “critères d’accessibilité” qui figurent actuellement à l’article 4 *bis* devraient être traitées de manière séparée, et elles devraient clairement englober toutes les formes de communications, et pas seulement celles de nature électronique.

29. À propos des projets de dispositions relatives aux “critères d’accessibilité” (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 30) il a été noté que le but de l’alinéa a) était de faire en sorte, entre autres, que les entités adjudicatrices prennent dûment en considération les incidences sur les coûts du choix du moyen de communication, et qu’il faudrait donc remplacer les termes “généralement disponibles” par les termes “raisonnablement disponibles”. Une autre suggestion a été d’employer les termes “compatibles (ou interopérables) avec ceux d’usage commun ou général”. Référence a également été faite à cet égard au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, où ces derniers termes sont employés, et il a été noté aussi qu’un libellé similaire apparaissait dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE de l’UE relatives aux procédures de passation des marchés[1]. On a toutefois fait observer qu’il était difficile dans la pratique de se conformer à l’exigence d’“interopérabilité”, car il était souvent impossible d’y parvenir, et qu’il risquait par conséquent d’en résulter des recours excessifs contre les décisions en matière de passation de marchés. Une autre suggestion a été de remplacer le mot “généralement” par “couramment”. En ce qui concerne l’alinéa b), il a été estimé que la disposition devrait être supprimée, son contenu étant sans rapport avec les “critères d’accessibilité”.

30. Certaines délégations ont partagé l’observation du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 31) selon laquelle il y avait une certaine contradiction entre les alinéas a) et c) en ce qu’une entité adjudicatrice pouvait choisir une méthode de communication généralement disponible, mais que son choix pouvait

---

[1] Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 (*Journal officiel de l’Union européenne*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1 et 114, respectivement. Toutes deux sont disponibles à l’adresse: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).

quand même être discriminatoire. Il a été suggéré de remplacer la totalité de la disposition par le texte suivant: “L’entité adjudicatrice s’assure que la méthode qu’elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents ne constituera pas une discrimination déraisonnable entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l’encontre de fournisseurs ou d’entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence”.

31. Il a été noté que i) la variante proposée n’abordait pas l’utilisation en soi de moyens électroniques de communication dans la passation des marchés publics, ii) l’ajout d’une référence à la “tenue de réunions” serait peut-être justifié, iii) les mots “discrimination déraisonnable” risquaient de donner lieu à des interprétations différentes d’un pays à l’autre et il serait préférable d’employer une notion autre que celle de “caractère raisonnable”, et iv) toute discrimination de la part de l’entité adjudicatrice devrait être interdite et que, par conséquent, les mots “de façon importante” devraient être supprimés.

32. Le Groupe de travail a noté qu’il y avait une différence, sur le plan conceptuel, entre ce qui était “généralement disponible”, à l’alinéa a), et ce qui était “non discriminatoire”, à l’alinéa c) (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 31), et il s’est demandé si les deux concepts devraient être expressément mentionnés ou bien si l’on pouvait considérer que l’exigence selon laquelle le moyen de communication devait être généralement disponible était incluse dans l’exigence de non-discrimination. Il a décidé de revenir sur cette question à une date ultérieure.

33. Notant qu’aucune décision définitive n’avait été prise sur la question, le Groupe de travail a prié le secrétariat d’établir une version révisée des “critères d’accessibilité”, en se fondant sur la proposition figurant au paragraphe 30 ci-dessus et en tenant compte des commentaires faits à la session en cours et de revoir le texte proposé pour insertion dans le Guide en conséquence. Le Groupe de travail n’a pas décidé de l’emplacement des dispositions dans le texte de la Loi type et a prié le secrétariat de lui faire des propositions sur la question afin qu’il les examine à sa prochaine session.

4. Forme des communications – proposition de révision de l’article 9 de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 1 à 5)

34. Compte tenu de l’étroite relation entre les questions de l’“équivalence fonctionnelle” entre tous les moyens de communication et des “critères d’accessibilité”, examinées précédemment pendant la session (voir par. 19 à 33 ci-dessus) et les dispositions de l’article 9 révisé relatives à la forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 3), certaines délégations ont estimé que les différentes dispositions pertinentes devraient être regroupées. D’autres délégations ont considéré que l’article 9 de la Loi type se limitait à la forme des communications entre l’entité adjudicatrice et les fournisseurs et que les dispositions traitant de questions autres devraient figurer ailleurs dans le texte.

35. En ce qui concerne le paragraphe 1 *bis* de l’article 9 révisé, il a été noté que le texte proposé risquait d’être superflu compte tenu des dispositions de l’article 4 *bis* (sur l’“équivalence fonctionnelle”) qui laissaient à l’entité adjudicatrice la liberté de choisir les moyens de communication.

36. Pour ce qui est du paragraphe 1 *ter*, il a été noté que les “critères d’accessibilité”, du fait qu’ils s’appliquaient à la soumission des offres, pouvaient être traités à l’article 30 de la Loi type. Le Groupe de travail a cependant noté que ces critères devraient s’appliquer à toutes les étapes de la passation et qu’un seul et même article devrait aborder toutes ces étapes.

37. Le Groupe de travail est convenu provisoirement de supprimer les paragraphes 1 *bis* et 1 *ter*, en attendant l’issue de ses débats sur l’“équivalence fonctionnelle” et la soumission électronique des offres, respectivement. Toutefois, si le texte du paragraphe 1 *bis* de l’article 9 était conservé dans la disposition finale sur l’“équivalence fonctionnelle”, le texte devrait, a-t-on dit, aborder toutes les communications échangées durant le processus de passation, de sorte qu’il faudrait se référer non pas aux communications “avec les fournisseurs ou entrepreneurs”, mais aux communications “entre l’entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs”.

38. S’agissant du paragraphe 1 *quater*, il a été estimé qu’une autre solution pourrait être d’insérer les dispositions dans l’article traitant des “critères d’accessibilité”. La nouvelle variante proposée pour ces critères (voir par. 30 ci-dessus), telle que révisée, pourrait soit remplacer le paragraphe 1 *quater*, soit être insérée ailleurs.

39. Il a en outre été observé que la formulation des “critères d’accessibilité” et le paragraphe 1 *quater* proposé de l’article 9 devraient être examinés dans le contexte du paragraphe 1 *quinquies* de cet article, selon lequel les États adoptants pouvaient, s’ils le souhaitaient, prendre des règlements sur des questions techniques découlant de l’utilisation de communications électroniques et l’accessibilité de ces communications. Le Groupe de travail a examiné si l’adoption d’une réglementation dans ce domaine devait être obligatoire ou non. Certaines délégations ont noté qu’une obligation de réglementer ces questions risquait d’être trop lourde.

40. Après un débat, le Groupe de travail a considéré que l’adoption des règlements sur les questions techniques, visés au paragraphe 1 *quinquies* de l’article 9, ne devrait pas être obligatoire mais que celle de règlements sur la question de l’accessibilité devrait l’être, sous réserve toutefois de résoudre les problèmes rédactionnels en suspens concernant les “critères d’accessibilité” eux-mêmes. Le Groupe de travail est également convenu que le texte du Guide devrait expliquer la finalité des règlements, et insister sur l’objectif d’équivalence fonctionnelle entre toutes les formes de communication pour éviter que les communications électroniques soient soumises à des exigences d’authenticité, d’intégrité, d’interopérabilité et de confidentialité plus strictes que pour les communications sur papier. Il a en outre été proposé que le texte du Guide, à toutes fins utiles, attire l’attention des États adoptants sur la nécessité d’imposer des conditions d’accessibilité et d’interopérabilité en tant que garanties, plus particulièrement dans le cadre de la passation de marchés internationaux, afin que les fournisseurs étrangers puissent accéder à la procédure.

41. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si l’entité adjudicatrice devrait fournir gratuitement les logiciels utilisés aux fournisseurs potentiels (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 5). Il a noté que les entités adjudicatrices seraient tenues d’obtenir une licence pour se servir des logiciels et d’indiquer le nombre d’utilisateurs (exigence qui pourrait être impossible à

satisfaire) et que dans certains cas il conviendrait de faire payer les logiciels fournis. Le Groupe de travail a donc conclu qu'il ne serait pas indiqué d'obliger les entités adjudicatrices à fournir gratuitement tous les logiciels mais que le Guide devrait préciser qu'elles ne devraient pas recourir à un système payant pour prélever des droits disproportionnés ou restreindre l'accès à la procédure de passation.

42. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir en conséquence le texte de l'article 9 ainsi que le commentaire sur cet article devant figurer dans le Guide pour l'incorporation.

5. Notion d'"électronique" et termes apparentés (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 6 à 12)

43. Le Groupe de travail s'est demandé s'il faudrait donner dans le texte de la Loi type une définition des termes "électronique" ou "moyens électroniques de communication", notant que, si certains régimes de passation des marchés et la législation sur le commerce électronique, dans certains systèmes, comportaient des définitions équivalentes, d'autres systèmes n'en comportaient pas (voir A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 9 et note 5). Parmi ces derniers figurait la Loi type sur le commerce électronique, qui définissait les termes "message de données" et "échange de données" d'un point de vue fonctionnel. Étant donné que les communications électroniques étaient un domaine en évolution, on a également fait observer qu'il faudrait une interprétation aussi large que possible, et que toute définition risquait de devenir obsolète. Le Groupe de travail a conclu que le texte de la Loi type ne devrait pas comporter de définition de ces termes. Il a néanmoins considéré que le Guide pour l'incorporation devrait décrire les concepts, en se référant aux dispositions relatives à l'"équivalence fonctionnelle" dans la Loi type si nécessaire.

6. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 13 à 15)

44. Le Groupe de travail a accepté le texte proposé (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, la section faisant suite au paragraphe 14), en indiquant que les citations de la Loi type sur le commerce électronique devaient être remplacées par des renvois appropriés.

7. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 16 à 18)

45. Le Groupe de travail a rappelé sa décision antérieure selon laquelle la forme du procès-verbal ne devrait pas être prescrite, mais être soumise aux "critères d'accessibilité" présentés plus haut (A/CN.9/575, par. 43 à 46). Il a estimé que la proposition selon laquelle l'entité adjudicatrice serait tenue de maintenir accessibles les informations conservées électroniquement dans le procès-verbal en dépit des progrès technologiques serait difficile à réaliser d'un point de vue technique. Il a été convenu que cette obligation devrait être maintenue seulement jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu par l'article 52 de la Loi type. Le secrétariat a été prié de modifier en conséquence le texte proposé du paragraphe 1 *bis* du texte du Guide pour l'incorporation qui se rapporte à l'article 11 de la Loi type.

8. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 19 à 27)

46. Le Groupe de travail a fondé ses délibérations sur les modifications proposées pour l'article 30 de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 24). L'objet de ces modifications, a-t-il été noté, était de supprimer le droit antérieur d'un fournisseur, en vertu de l'article 30-5 b), de soumettre une offre par écrit dans une enveloppe scellée. Le Groupe de travail a renvoyé à plus tard l'examen de la question de savoir dans quelle mesure les dispositions devraient être abordées dans la Loi type, le Guide pour l'incorporation sous la forme d'un texte explicatif, ou dans des projets de réglementation.

47. En ce qui concerne les modifications à apporter à l'article 30-5 a), il a été décidé que le texte devrait supprimer la possibilité donnée au fournisseur d'exiger que l'offre soit faite sur papier. En conséquence, il a été proposé que le secrétariat modifie la disposition pour indiquer qu'une offre devait être soumise sous la forme requise dans le dossier de sollicitation. Il a été convenu également qu'il faudrait inclure des conditions équivalentes à celles qui sont énoncées à l'article 30-5 b) actuel, exigeant que la forme de l'offre en atteste la teneur et assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité (dans la mesure où elles n'étaient pas énoncées ailleurs dans la Loi type, en particulier dans les "critères d'accessibilité" exposés plus haut). Le Groupe de travail a noté en outre que les dispositions de l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation) devraient comporter l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'indiquer dans ce dossier la forme sous laquelle les offres devaient être soumises, avec des renvois appropriés aux dispositions relatives à l'"équivalence fonctionnelle", de manière à englober toutes les formes sous lesquelles les offres pourraient être soumises.

48. Le Groupe de travail a différé son examen du texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 26 et 27), ainsi que de la question de savoir si une autre disposition traitant de la modification des offres serait nécessaire jusqu'à la finalisation des modifications de l'article 30-5 a) de la Loi type.

49. On a fait observer aussi qu'il faudrait peut-être une disposition spécifique pour la question des garanties de soumission, à la lumière de l'expérience de certaines délégations et de certains observateurs, selon lesquels ces garanties restaient des documents papier et la soumission simultanée des garanties et des offres électroniques ne serait peut-être pas possible. Il a été noté que des offres avaient été rejetées pour défaut de fourniture des garanties demandées en l'espèce. Le secrétariat a été prié de fournir au Groupe de travail de plus amples informations et propositions sur cette question à sa prochaine session, et d'examiner par exemple s'il existait dans la pratique une législation autorisant la soumission de garanties dans un bref délai après la soumission des offres (voir également par. 100 ci-dessous).

9. Ouverture électronique des offres (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 28 à 32)

50. Le Groupe de travail a examiné les questions techniques soulevées par l'ouverture électronique des offres, et le niveau de détail jusqu'où il faudrait aller à propos de ces questions dans la Loi type révisée et dans le Guide pour son incorporation. Il a rappelé ses conclusions précédentes, à savoir qu'il faudrait

prévoir un équivalent électronique à la présence physique des fournisseurs et entrepreneurs, comme l'envisageait l'actuel article 33-2 de la Loi type (A/CN.9/575, par. 37 à 42). Il a été suggéré de combiner les paragraphes 4 et 5 proposés de l'article 33 en insérant les mots "conformément aux exigences de l'article 33-2" avant les mots "être présents à l'ouverture des offres", au paragraphe 4, et en supprimant le paragraphe 5.

51. Le Groupe de travail a différé son examen du texte du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 32) jusqu'à la finalisation des modifications de l'article 33-2 de la Loi type.

10. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1)

a) Remarques générales

52. Il a été rappelé que, lorsque l'article 5 de la Loi type a été rédigé, le Groupe de travail d'alors n'avait pas une expérience suffisante des pratiques nationales en matière de mise à disposition du public des informations relatives à la passation des marchés pour conférer à cet article un champ d'application qui aille au-delà des textes juridiques cités dans son libellé actuel. La référence à un spectre plus large de "lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché", à l'article 27 t) de la Loi type, peut témoigner d'une portée plus étendue de l'article 5. On a indiqué qu'il pourrait être opportun pour le Groupe de travail de revoir le champ d'application de l'article 5.

53. Le Groupe de travail a indiqué qu'il faudrait faire preuve de prudence en transposant des concepts, tels que "publication" et "mise à jour systématique" d'un environnement papier à un environnement électronique, où ils risquaient d'avoir des connotations différentes. Par exemple, l'obligation de tenir systématiquement à jour les textes présupposait-elle une mise à jour permanente des informations pour une utilisation ultérieure? Le terme "publication" signifie-t-il une publication continue ou ponctuelle sur Internet? On a fait valoir que les termes qui seront utilisés dans l'article 5 révisé devront être soigneusement choisis pour que cet article remplisse les objectifs qui lui sont assignés. En outre, on a noté que, dans sa tentative de rendre le processus de passation transparent, le Groupe de travail ne devait pas négliger l'intérêt légitime des États de voir certaines informations (comme celles concernant la sécurité nationale et la défense) rester hors du domaine public.

54. En ce qui concerne la publication de textes réglementaires dans les régimes internes de passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.39, par. 20 à 28), il a été proposé que le Guide établisse une distinction entre les informations qui avaient vocation à lier les entités adjudicatrices vis-à-vis des fournisseurs ou des entrepreneurs, et les autres informations qui, par nature, étaient destinées au seul usage interne des entités adjudicatrices. On a fait observer que chaque catégorie d'information serait soumise à des obligations de publicité différentes. À cela il a été répondu que la nature des destinataires de l'information et la forme de cette dernière étaient moins importantes que son contenu, qui devait couvrir tous les aspects importants des pratiques et procédures nationales de passation des marchés intéressant les fournisseurs. Il a été fait référence à cet égard à l'examen d'une question semblable au sein de l'Organisation mondiale du commerce (A/CN.9/WG.I/WP.39, par. 19).

b) Accès du public aux informations relatives à la passation des marchés – modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 5 de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.39 et A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 34 à 39)

55. Le Groupe de travail était saisi du texte du projet d'article 5 révisé (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 35) et a rappelé les débats qu'il avait eus sur cet article à sa septième session (A/CN.9/575, par. 24 à 28).

56. Il a été noté que le projet révisé portait sur plusieurs types d'informations: i) les textes réglementaires, ii) les informations spécifiques à la passation dont la Loi type exigeait la publication, comme les sollicitations d'offres et les avis d'attribution, et iii) les autres informations dont la Loi type n'exigeait pas la publication, comme celles sur les possibilités de marchés à venir ou sur les règles ou instructions internes (informations facultatives). Des opinions divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si ces trois types d'informations devaient être traités dans le même article. Il a été fait remarquer que les obligations de publicité pouvaient être différentes selon les types d'informations. Par exemple, l'obligation de centralisation et d'uniformisation des publications pouvait se justifier pour les informations dont la Loi type exigeait la publication, mais pouvait constituer une lourde charge pour d'autres types d'informations.

57. Il a été suggéré que le paragraphe 1 de l'article 5 s'en tienne aux textes juridiques, conformément à l'actuel article 5 de la Loi type, et que l'on ajoute une référence aux décisions judiciaires d'application générale, afin d'aligner le texte avec les textes correspondants de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce relatif aux marchés publics[2].

58. Une mise en garde a été exprimée au sujet de l'extension du champ d'application de l'article à d'autres types d'informations, comme les informations de type ii) indiquées au paragraphe 56 ci-dessus. Selon un avis, il serait plus approprié de débattre des obligations de publicité concernant ce type d'informations dans des règlements. Autrement, a-t-il été noté, la Loi type deviendrait moins souple et pourrait donner lieu à d'éventuelles protestations abusives motivées par le non-respect des obligations en matière de publicité.

59. D'un autre côté, on a suggéré que le paragraphe 2 de l'article 5 traite aussi de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, et qu'il soit fusionné avec les dispositions sur ce sujet qui figurent au paragraphe 40 du document A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1 (voir aussi le paragraphe 62 ci-après).

c) Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 1 à 17, 38, 40 et 41)

60. Le Groupe de travail était saisi de l'article révisé traitant de la publication d'informations sur les possibilités de marché à venir (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 40) et a rappelé les débats qu'il avait eus sur le sujet à sa septième session (A/CN.9/575, par. 29 à 31).

---

[2] Voir l'annexe 4 b) de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, disponible à l'adresse: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf, article XIX (1).

61. Le Groupe de travail a noté les avantages que comportait la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, tels que la transparence du processus de passation grâce à la réduction du nombre de marchés passés dans des conditions exceptionnelles ou d'urgence et, par conséquent, le recours moins fréquent à des méthodes de passation moins compétitives. Il a également examiné les possibilités de réaliser des économies et d'accroître la concurrence en permettant à des fournisseurs plus nombreux d'être informés des possibilités de marchés, de déterminer s'ils avaient intérêt à participer et, dès lors, de se préparer à l'avance (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 5 et 41). Le Groupe de travail a noté que, dans certains régimes de passation des marchés, la publication de telles informations permettait aux entités adjudicatrices de réduire le délai minimum pour la réception des offres (voir A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 14).

62. La préférence est allée dans l'ensemble à la publication facultative d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 17). Les opinions différaient sur le point de savoir s'il convenait de traiter cette question dans la Loi type ou dans des règlements. Le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire d'insérer des dispositions relatives aux possibilités de marchés à venir dans la Loi type, et de définir un délai clair pour la publication de ce type d'information en employant des termes tels que, par exemple "aussi rapidement que possible".

d) Autres questions (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 18 à 33)

63. Le Groupe de travail a noté que si la publication électronique était susceptible de procurer des avantages aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés et au public en général, par exemple en permettant à une plus large audience d'accéder plus facilement à des informations sur la passation des marchés, elle avait aussi rendu possible des pratiques qui soulevaient un certain nombre de préoccupations inconnues dans un environnement papier, et qui pourraient nécessiter une réglementation spécifique. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur les préoccupations découlant de moyens non systématiques, non normalisés et non centralisés de publier des informations relatives à la passation des marchés sur Internet, l'absence de mise à jour systématique des informations publiées, et la facturation de frais pour la fourniture d'informations. Ces questions indiquaient que la recherche d'informations nécessaires, utiles et exactes sur la passation des marchés, risquait d'être rendue difficile. Le Groupe de travail a noté que les réglementations traitaient rarement de façon satisfaisante ces questions et les autres questions découlant de la publication d'informations relatives à la passation des marchés par des moyens électroniques. Il a décidé de renvoyer l'examen de ces questions à une session ultérieure.

11. Enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1, par. 1 à 20)

a) Remarques générales (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 4 à 8)

64. Rappelant la demande qu'il avait faite au secrétariat, à sa septième session, de rédiger des dispositions autorisant le recours aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/575, par. 67), le Groupe de travail a pris note des lignes directrices suivantes qui devaient guider la rédaction: i) les dispositions devraient autoriser les enchères électroniques inversées comme méthode de passation à part entière et pas

simplement comme une étape dans d'autres procédures de passation; ii) elles devraient traiter des conditions générales du recours à ces enchères (la plus importante de ces conditions étant qu'un cahier des charges précis puisse être établi et que les paramètres de l'enchère puissent être facilement et objectivement quantifiés); iii) elles ne devraient exclure aucun type de marché en tant que tel. Enfin, sur ce sujet les dispositions devraient prendre en considération d'autres régimes internationaux de passation des marchés (A/CN.9/575, par. 51 à 67).

65. Certaines délégations ont dit que la décision prise par le Groupe de travail à sa septième session menant à la première ligne directrice devrait être réexaminée. D'autres délégations ont indiqué que le raisonnement avait été que si l'on autorisait les enchères électroniques inversées comme une étape dans d'autres procédures de passation on risquait d'aller à l'encontre du principe de l'appel d'offres, qui était la méthode de passation préconisée par la Loi type. Toutefois, notant que l'ampleur de l'utilisation actuelle d'enchères dans d'autres régimes de passation obligeait la Loi type à les prendre en compte, le Groupe de travail est convenu d'examiner les projets de dispositions dont il était saisi, en attendant que la question de la première ligne directrice soit réglée.

66. Le Groupe de travail est convenu que le Guide pour l'incorporation devrait traiter des avantages d'assurer une participation aussi large que possible, mais a noté qu'il ne serait peut-être pas souhaitable que les fournisseurs participent aux enchères électroniques inversées par un intermédiaire ou par téléphone dans la mesure où une telle participation pourrait entraîner un risque d'abus. On a fait observer que l'utilisation d'Internet assurerait la traçabilité de la procédure, ce que les systèmes téléphoniques ne permettraient peut-être pas.

b) Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (art. 19 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 9 à 17)

67. Le Groupe de travail a observé que, d'une manière générale, le projet de texte devrait permettre aux enchères électroniques inversées d'évoluer et ne devrait exclure aucune forme d'enchère jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur la première ligne directrice exposée ci-dessus.

68. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 19 *bis*, qui prévoyait qu'un organe de l'État adoptant autre que l'entité adjudicatrice approuverait le recours aux enchères électroniques inversées, certaines délégations ont indiqué qu'il était difficile de dire dans chaque cas si une telle enchère était un instrument de passation approprié et que l'implication d'une partie autre que l'entité adjudicatrice serait utile. Toutefois, il a été noté qu'une telle autorisation émanant d'un tiers ne serait peut-être pas autorisée par la législation dans tous les États adoptants. D'autres délégations ont été d'avis que de telles décisions ne devraient être prises que par l'entité adjudicatrice elle-même.

69. En ce qui concerne l'alinéa 1 a), il a été observé que la principale question à examiner était de savoir s'il serait approprié de recourir à une enchère électronique inversée pour la passation de marchés de travaux et de services dans la mesure où une telle procédure tendait à être complexe par nature, nécessitait des critères d'évaluation qualitatifs et où l'expérience montrait que ce type d'enchères, lorsqu'il était autorisé pour la passation de tels marchés, avait peut-être pu donner lieu à des abus et à des excès.

70. S'agissant des travaux, on a fait remarquer que la passation de marché n'était pas toujours complexe (par exemple, la construction de routes) et qu'avec le temps ce qui était considéré complexe aujourd'hui ne le serait pas dans l'avenir. D'un autre côté, on a dit que pour que les enchères électroniques inversées fonctionnent correctement et permettent aux soumissionnaires d'attribuer à leurs offres un prix réaliste et de présenter les meilleures d'entre elles, il faudrait que lesdits soumissionnaires connaissent dans le détail la structure des coûts de leurs offres. Or, dans les contrats de travaux complexes les entrepreneurs principaux ne connaîtraient pas de façon détaillée les éléments sous-traités de leur offre, d'où le risque de prix artificiels. On a fait observer aussi qu'à moyen terme les petites et moyennes entreprises se verraient peu à peu exclues au profit de fournisseurs plus importants.

71. En ce qui concerne les services, on a indiqué que, si certains pouvaient faire l'objet d'une spécification précise et d'une évaluation purement objective, ce mécanisme ne conviendrait pas pour la passation de marchés dans le cas de la catégorie des services appelés services intellectuels.

72. Il a été observé que, dans certains pays, les enchères électroniques inversées étaient conduites à partir de listes ou de catalogues décrivant les éléments pouvant être acquis par ce procédé.

73. En conséquence, le Groupe de travail a décidé que ni la passation de marché de travaux ni la passation de marchés de services ne devraient être exclus en totalité des dispositions régissant les enchères électroniques inversées, en attendant des débats supplémentaires quant au type de passation de marché qui se prêterait à une enchère électronique inversée.

74. En ce qui concerne le texte de l'alinéa 1 a), il a été convenu de supprimer les mots "et exactes" et "de sorte à assurer l'homogénéité de la procédure de passation".

75. En ce qui concerne le paragraphe 1 b), on a fait observer que l'objectif de la disposition était d'assurer que les enchères électroniques inversées soient envisagées dans des marchés concurrentiels, mais qu'il ne serait pas approprié de spécifier le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels qui constitueraient un marché concurrentiel. En conséquence, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "d'au moins [dix]" du texte proposé et de reformuler la disposition pour indiquer que le nombre de fournisseurs devrait être tel qu'une concurrence effective serait assurée.

76. En ce qui concerne le paragraphe 1 c), il a été convenu que la principale question à examiner était de savoir si le prix seul, ou le prix et d'autres critères d'évaluation, devraient faire l'objet de l'enchère électronique inversée. Certaines délégations ont estimé que seul le prix devrait être pris en compte afin de garantir la transparence de la procédure. D'autres ont été d'avis que la mise aux enchères de critères autres que les prix conférerait un avantage, par exemple si des questions techniques (comme la consommation d'énergie, et d'autres qui ne peuvent être quantifiées) devaient être incluses dans les critères d'évaluation, tout en notant que le poids accordé à chacun de ces critères devrait être indiqué dans le dossier de sollicitation.

77. D'autres délégations encore ont estimé que tous les critères autres que les prix devraient, en tout état de cause, pouvoir être quantifiés et faire l'objet d'une

évaluation objective afin de préserver la transparence de la procédure et les avantages de l'enchère. Certaines délégations ont tenu à faire savoir que l'exigence selon laquelle les critères devraient être quantifiables signifiait qu'ils devraient l'être de manière simple et objective.

78. Le Groupe de travail a examiné l'approche fonctionnelle du texte et dit qu'en disposant que les enchères devraient inclure uniquement des éléments pouvant être spécifiés avec précision et pour lesquels les critères d'évaluation, en plus du prix, pouvaient être quantifiés objectivement on exclurait automatiquement certaines catégories de travaux et de services pour lesquelles le mécanisme des enchères électroniques inversées ne conviendrait pas. Toutefois, on a fait observer aussi que cette formulation ne prendrait pas en compte la question de la structure des coûts évoquée au paragraphe 70 ci-dessus. D'autre part, l'attention du Groupe de travail a été attirée sur le fait qu'une formulation qui exclurait les "travaux" et les "services" poserait des problèmes complexes de définition et qu'une solution serait donc de laisser ces termes dans le texte avec des indications appropriées dans le Guide pour l'incorporation. Il a été convenu que la question des critères déterminerait également la complexité de l'enchère électronique inversée, et le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses débats sur cette question à sa prochaine session.

79. En ce qui concerne le texte du paragraphe 1 c), il a été convenu de supprimer les mots "des produits standard" et "des produits courants", mais de conserver le reste du texte en attendant que le Groupe de travail conclue ses délibérations sur les questions ci-dessus.

80. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser le texte de la Loi type et d'apporter les modifications qui en découlent dans le texte proposé du Guide pour l'incorporation en tenant compte des considérations ci-dessus.

c) Phase précédant l'enchère (art. 47 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 18 à 25)

81. Le Groupe de travail a noté qu'il ne pourrait pas terminer ses délibérations sur le texte proposé de l'article 47 *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.40, la section qui suit le paragraphe 20) tant que ne seraient pas réglées les questions concernant les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées exposées aux paragraphes 65 à 80 ci-dessus. Il a également été souligné qu'il serait souhaitable de garder des dispositions aussi concises que possible.

82. Il a été dit que l'objectif des dispositions était de permettre une concurrence sans entraves de façon à respecter les dispositions régissant la procédure des appels d'offre, si ce n'est que les offres soumises, et leur évaluation, seraient "initiales". Il a été noté que, dans ce contexte, le terme "initial" signifiait que tous les critères seraient présentés et évalués de manière normale par rapport aux critères de sélection stipulés, mais que le prix (et tout autre critère à déterminer par le biais de l'enchère) serait soumis à l'enchère électronique inversée afin de déterminer le fournisseur adjudicataire.

83. Il a été noté que le projet de texte permettait de limiter le nombre de participants invités à l'enchère, et que le Guide pour l'incorporation devrait préciser que les conditions d'utilisation des appels d'offres restreints ne s'appliqueraient pas normalement aux passations de marchés se prêtant à une enchère électronique inversée. En conséquence, il a été estimé que le nombre des participants ne devrait

pas, dans des circonstances normales, être restreint autrement que par l'évaluation initiale mentionnée ci-dessus.

84. Il a été observé que le paragraphe 4 du projet d'article demandait notamment au Groupe de travail d'examiner les modèles d'enchères électroniques inversées qui devraient être prévus. Il a été rappelé que le Groupe avait, à sa septième session, examiné deux modèles qui pouvaient être insérés dans le texte. Dans le Modèle 1 tous les aspects des offres à comparer lors de la sélection du fournisseur à retenir, et qui pouvaient se limiter au seul prix, seraient soumis au moyen de l'enchère même. Dans le Modèle 2, il y aurait une évaluation préalable de tous les éléments de l'offre initiale, ou uniquement de ceux ne faisant pas l'objet de l'enchère, et les fournisseurs seraient informés de leur classement en fonction de cette évaluation initiale. Tous les critères d'évaluation seraient pris en compte dans une formule mathématique qui permettrait de reclasser les soumissionnaires chaque fois qu'une nouvelle offre serait soumise. Dans les deux modèles, c'est l'enchère qui déterminerait le fournisseur adjudicataire (contrairement à d'autres modèles possibles, que le Groupe de travail avait provisoirement décidé de ne pas traiter dans la Loi type).

85. Pour ce qui est du Modèle 2, certaines délégations ont noté qu'il était difficile de comprendre comment des critères non quantifiables pourraient être inclus dans la procédure, car on pourrait considérer qu'ils contredisent la logique même de la procédure. On a également fait observer que les fournisseurs les mieux placés, qui pourraient produire à un coût plus élevé que les fournisseurs moins bien placés, pourraient soumettre des prix irréalistes pendant l'enchère elle-même, et il pourrait en résulter un risque lié à l'exécution. On a indiqué qu'un moyen d'éviter cette éventualité serait d'autoriser que le prix seul fasse l'objet de l'enchère, et non d'autres critères, ce qui serait une version restreinte du Modèle 1.

86. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger deux variantes de disposition concernant la phase précédant l'enchère, l'une sur la base du Modèle 1, l'autre sur la base du Modèle 2, notant que la principale question à examiner était de savoir si l'enchère électronique inversée devrait comprendre des critères autres que les prix, qualitatifs et non quantifiables. Le Groupe de travail a décidé qu'il serait indiqué d'examiner le texte du Guide pour l'incorporation et tous projets de réglementations lorsque le projet de texte de la Loi type, tel que révisé, aura été examiné.

d) Déroulement de l'enchère (art. 47 *ter*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 26 à 35)

87. Il a été noté que le Groupe de travail ne serait pas en mesure de terminer ses délibérations sur le texte proposé de l'article 47 *ter* (A/CN.9/WG.I/WP.40, la section qui suit le paragraphe 27) tant que les questions énoncées ci-dessus n'auraient pas été réglées. Il a toutefois fait les commentaires préliminaires ci-après à propos du texte.

88. En ce qui concerne l'alinéa 1 b), il a été noté que le mot "fournissent" et les libellés "pour savoir s'il est le mieux placé" et "pour déterminer les modifications à apporter à toute offre pour qu'elle soit la mieux placée", proposés comme variantes, devraient être supprimés.

89. En ce qui concerne le paragraphe 2, il a été estimé que le texte faisant suite aux mots "participer à l'enchère", aux alinéas a) et b), traitait d'aspects procéduraux

qui pouvaient être abordés dans des règlements ou dans le Guide pour l'incorporation, et qu'il devrait être supprimé.

90. En ce qui concerne l'alinéa 2 c), il a été suggéré que le texte forme un paragraphe distinct.

91. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été estimé que l'entité adjudicatrice pouvait également avoir besoin de mettre fin à l'enchère électronique inversée dans les circonstances évoquées dans la disposition et il a par conséquent été proposé que les mots "ou mettre fin" soient ajoutés après "suspendre" (et que cette question soit traitée de façon détaillée dans le Guide).

92. En ce qui concerne le paragraphe 6, il a été noté que la deuxième partie de ce paragraphe traitait des options disponibles si l'adjudicataire ne concluait pas le marché. Ces options comprenaient la tenue d'une nouvelle enchère électronique inversée, l'attribution du marché au soumissionnaire ayant fait la deuxième meilleure offre (étant entendu qu'il ne serait pas forcément possible de déterminer qui avait fait la deuxième meilleure offre), et la possibilité d'entamer des négociations avec les autres soumissionnaires. Il a été signalé que, lorsque les règles attribuaient le marché au soumissionnaire ayant fait la deuxième meilleure offre, on avait observé dans la pratique des cas où un soumissionnaire faisait une offre qui était artificiellement basse mais qui l'emportait, sachant que le marché serait attribué à celui qui avait fait la deuxième meilleure offre. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question plus avant à une session future.

93. Le Groupe de travail a décidé qu'il serait opportun d'examiner le texte du Guide et tous projets de réglementations lorsque le projet de texte de la Loi type aurait été révisé conformément aux points ci-dessus, mais il a noté en attendant que le texte du Guide et tout projet de réglementation devraient être rédigés de manière à éviter, autant que possible, qu'ils ne deviennent obsolètes.

e) Modification de la Loi type pour permettre le recours aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 1 à 20)

94. En ce qui concerne la proposition de modification de l'article 11 de la Loi type (Procès-verbal de la procédure de passation des marchés) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 3) il a été proposé de reformuler l'alinéa i) *bis* du paragraphe 1 comme suit: "[d]ans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées conformément à l'article 19 *bis*, une déclaration à cet effet", à des fins d'harmonisation avec le libellé des autres parties de cet article.

95. La proposition de modification à l'article 18 de la Loi type (Méthodes de passation des marchés) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 4) n'a fait l'objet d'aucun commentaire.

96. À propos des propositions de modification de l'article 25 (Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection) et de l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 6 et 7 respectivement), il a été signalé que le terme "procédure d'appel d'offres" était peut-être mal choisi car il avait dans le chapitre III de la Loi type une signification et une portée bien particulières, qui étaient beaucoup plus larges que celles des enchères électroniques inversées. Il a

également été proposé de remplacer le mot “ouverture”, qui avait une connotation particulière dans les procédures de passation, par “commencement”.

97. Il a été estimé que le niveau de détail des propositions de modification de l’article 27 devrait être reconsidéré: les dispositions qui n’avaient pas besoin de figurer dans la Loi type devraient être déplacées pour être insérées dans des règlements ou dans le Guide. On s’est interrogé sur l’utilité du sous-alinéa i) de l’alinéa n) *bis*, car son contenu pouvait être englobé dans l’alinéa q) du même article. Il a été suggéré de parler, au sous-alinéa v) de l’alinéa n) *bis*, non pas d’“offre la plus basse résultant de l’évaluation”, mais d’“offre économiquement la plus avantageuse” (comme à l’article 53 de la Directive 2004/18/CE de l’Union européenne sur les marchés publics), car le premier terme pouvait signifier “l’offre ayant le prix le plus bas”. En réponse à cette suggestion, il a été dit que le Groupe de travail croyait comprendre que le terme “offre la plus basse résultant de l’évaluation” employé dans la Loi type (voir, en particulier, l’article 34-4 b) ii)) avait le même sens que le terme “offre économiquement la plus avantageuse”. En réponse à une question, il a été confirmé que les alinéas a) à n) de l’article 27, y compris les dispositions de l’alinéa g) sur le traitement des variantes, s’appliqueraient dans le contexte des enchères électroniques inversées et que le Guide expliquerait, si cela était nécessaire, comment ces dispositions fonctionnaient dans ce contexte.

98. Les propositions de modification de l’article 28 de la Loi type (Clarification et modification du dossier de sollicitation) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 11) n’ont fait l’objet d’aucun commentaire.

99. Le Groupe de travail a reconnu que les propositions de modification de l’article 31 (Période de validité des offres; modification et retrait des offres) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 12) avaient un lien avec les dispositions de l’article 47 *ter* (voir par. 91 ci-dessus) proposé sur l’annulation et la suspension des enchères électroniques inversées et les dispositions du projet de révision de l’article 32 sur les garanties de soumission (voir paragraphe suivant). Il a été également fait observer que, si les fournisseurs avaient la possibilité de retirer leurs offres avant les enchères électroniques inversées, il faudrait examiner l’impact sur le degré de concurrence requis pour des enchères efficaces. Le secrétariat a été prié d’examiner cette question lorsqu’il réviserait les projets de dispositions.

100. S’agissant des propositions de modification de l’article 32 de la Loi type (Garanties de soumission) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 13), le Groupe de travail a noté qu’autoriser des garanties de soumission dans le contexte des enchères électroniques inversées risquait de poser des problèmes, car les banques exigeaient généralement un prix fixé pour les garanties. Il a été noté que peu d’expérience avait jusque-là été accumulée dans le monde concernant l’utilisation de garanties de soumission dans le cadre d’enchères électroniques inversées et que les pratiques en la matière étaient très diverses (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 13, consacré à l’article 32 de la Loi type (Garanties de soumission)). Il a également été observé que, dans un pays au moins, les garanties de soumission étaient totalement absentes des enchères électroniques inversées. On a donc estimé qu’il serait difficile pour le Groupe de travail d’élaborer des règles strictes sur cette question. Il a été proposé d’indiquer dans le Guide que les pratiques pouvaient encore évoluer, à mesure que s’accumulerait l’expérience dans ce domaine. Le Groupe de travail n’a pas examiné les propositions de modification et a prié le secrétariat de lui présenter à sa

prochaine session une étude sur l'expérience pratique de l'utilisation des garanties de soumission dans les enchères électroniques inversées.

101. En ce qui concerne les propositions de modification de l'article 34 de la Loi type (Examen, évaluation et comparaison des offres) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 14 à 17), il a été estimé que l'ajout proposé à la fin de l'alinéa 1 a) permettrait à un concurrent de modifier son offre non conforme pour la rendre conforme et que cet ajout devait de ce fait être reformulé de sorte que seuls les éléments devant être présentés à une enchère puissent être modifiés après soumission de l'offre initiale.

102. Le secrétariat a été prié, lorsqu'il établirait une version révisée des articles, de ne pas déformer la façon dont les autres méthodes de passation des marchés étaient traitées dans la Loi type, de choisir soigneusement la terminologie pour prévenir toute confusion et d'essayer d'éviter les répétitions, compte tenu en particulier du principe de l'"équivalence fonctionnelle". Il a également été reconnu que le libellé définitif des dispositions dépendrait de la façon dont serait réglée la question, encore en suspens, de savoir si les enchères électroniques inversées devraient être considérées dans la Loi type comme une méthode de passation distincte ou comme une étape de la procédure d'appel d'offres.

f) Emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées

103. Il a été suggéré que toutes les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées soient regroupées dans une partie séparée, soit dans le chapitre V soit comme chapitre V *bis*, au lieu d'être éparpillées parmi les différents articles révisés de la Loi. Cette solution, a-t-on dit, aiderait à déterminer quelles dispositions devraient rester dans la Loi type et celles qui devraient figurer dans une réglementation ou dans le Guide et à rendre les dispositions de la Loi type plus faciles à appliquer et à comprendre. Une autre suggestion a été de ne placer dans une partie distincte de la Loi type que les dispositions sur les enchères électroniques inversées qui dérogeraient aux dispositions des autres parties de la Loi et, afin d'éviter les répétitions, d'utiliser des renvois si nécessaire.

104. Cette suggestion a suscité des inquiétudes car elle présupposait que la question de savoir si les enchères électroniques inversées devraient être considérées comme une méthode distincte ou comme une étape des autres méthodes de passation avait déjà été réglée en faveur de la première solution. En réponse, il a été noté que les dispositions pouvaient être rédigées de manière à englober les deux solutions.

105. On a également exprimé la crainte que des modifications supplémentaires soient nécessaires pour tenir compte du fait que le principe de l'"équivalence fonctionnelle" rendait tout type de passation électronique possible et pas seulement les enchères électroniques inversées. Certains ont proposé que le secrétariat s'attache à modifier chaque article pertinent de la Loi type et à affiner les propositions figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1. Il a également été signalé au Groupe de travail que, avec des technologies en constante évolution et leur introduction dans les processus de passation des marchés, il serait difficile de placer les enchères électroniques inversées dans une structure fixe, si bien qu'il faudrait adopter une approche suffisamment souple à cet égard. Il a été noté qu'il faudrait faire preuve de prudence en tranchant définitivement la question de la structure et s'employer à régler les questions de fond en priorité.

12. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 21 à 29)

106. Les avis ont divergé sur le point de savoir si les dispositions relatives aux offres anormalement basses devraient figurer dans la Loi type. D'un côté, l'insertion de telles dispositions a été fortement appuyée. Lorsqu'elles examinaient les offres, les entités adjudicatrices, a-t-on dit, devraient être autorisées à demander une justification des prix si elles soupçonnaient une offre d'être anormalement basse. Il a été fait observer que, dans le cas contraire, le processus de passation serait gravement compromis. Non seulement il existait un risque d'inexécution, mais l'expérience, en particulier dans le secteur de la construction, montrait aussi que les entreprises présentant des offres anormalement basses utilisaient généralement par la suite tous les moyens possibles pour contester la procédure de passation et pour améliorer les conditions du marché, ce qui avait pour conséquence de faire monter le prix de ce dernier. Traiter la question uniquement dans le Guide ne suffirait pas. Il a également été noté que le Groupe de travail devrait examiner le problème des offres anormalement basses dans le contexte plus large de l'ordre public, car la soumission de telles offres masquait souvent des actes délictueux (par exemple, le blanchiment d'argent) ou des pratiques illégales (par exemple, le non-respect des obligations de rémunération minimale ou de couverture sociale). Il a également été fait observer que, lorsque de telles obligations étaient imposées, une offre anormalement basse dont le prix ne permettrait pas de verser la rémunération minimale ou de payer la couverture sociale requises pourrait être considérée comme clairement et objectivement basse.

107. D'un autre côté, certaines délégations ont été d'avis qu'il ne fallait pas insérer de disposition expresse dans la Loi type car: i) dans la pratique, le droit pour les entités adjudicatrices de rejeter des offres au motif que leur prix était anormalement bas pourrait donner lieu à des abus (les offres pourraient être rejetées sans justification); ii) le critère de ce qui constituait une offre anormalement basse pouvait être très subjectif, en particulier dans la passation de marchés internationaux; iii) il existait d'autres moyens de régler le problème des offres anormalement basses. En outre, il a été fait observer que, si la subjectivité pouvait être particulièrement patente dans la passation de marchés internationaux, du fait qu'un prix anormalement bas dans un pays pouvait être parfaitement normal dans un autre, dans la passation des marchés nationaux, des techniques telles que la vente à perte de vieux stocks ou la fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d'œuvre étaient légitimes et, par conséquent, les prix pouvaient être bas mais non anormalement bas. De ce fait, il a été proposé de ne pas traiter la question dans la Loi type mais de donner dans le Guide les indications suivantes: "si un État adoptant décide d'autoriser une entité adjudicatrice à rejeter des offres au motif que leur prix est anormalement bas, il doit faire en sorte que des procédures appropriées soient prévues pour prévenir les décisions arbitraires et les pratiques abusives". Il a été précisé que cette solution serait préférable du fait que les banques multilatérales de développement n'acceptaient pas le rejet d'offres au motif que leur prix était anormalement bas.

108. En réponse à certaines des remarques formulées ci-dessus, il a été noté que les risques d'inexécution du marché seraient atténués si l'on appliquait correctement les articles 6 (Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs) et 32 (Garanties de soumission) de la Loi type, qui permettraient d'évaluer les qualifications du fournisseur ainsi que les ressources dont il disposait pour exécuter le marché.

L'attention du Groupe a été attirée en particulier sur la liste à l'article 6-1 b) des critères – par exemple qualifications et compétences professionnelles et techniques et ressources financières – auxquels les fournisseurs devaient satisfaire pour participer à la procédure de passation. Il a également été noté que l'on pouvait parer à la crainte de voir les entités adjudicatrices abuser des procédures visant à traiter les offres anormalement basses en mettant en place des mesures garantissant la transparence et la clarté: par exemple, le dossier de sollicitation pouvait indiquer qu'une analyse du réalisme du prix serait entreprise si l'entité adjudicatrice soupçonnait un prix d'être anormalement bas. L'objectivité pourrait également être améliorée si les entités adjudicatrices comparaient les prix reçus avec des estimations effectuées avant la soumission des offres à partir des prix du marché. Enfin, il a été fait observer que de nombreuses offres pouvant être anormalement basses se révélaient, une fois examinées de près, non conformes et étaient rejetées comme telles.

109. Le Groupe de travail a décidé de partir du principe que des dispositions minimales seraient insérées dans la Loi type, complétées par un commentaire détaillé dans le Guide, concernant en particulier les mesures nécessaires pour éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives. Le secrétariat a été prié, lorsqu'il établirait une version révisée des dispositions, d'appliquer les principes suivants: i) il faudrait autoriser mais non obliger l'entité adjudicatrice à rejeter des offres anormalement basses; ii) le fait de donner dans la Loi type la possibilité d'évaluer les offres en fonction du coût et non du prix (les projets de textes examinés par le Groupe de travail étaient fondés sur une évaluation du prix) n'était pas souhaitable car l'évaluation des coûts était extrêmement lourde et complexe; iii) seule l'entité adjudicatrice, et non un tiers, devrait pouvoir prendre des mesures lorsqu'elle soupçonnait une offre d'être anormalement basse et l'offre en question devrait être évaluée de manière purement objective; et iv) il importait de traiter les offres susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché concerné, car des mesures postérieures pourraient encore accroître les prix et compromettre le marché.

110. En ce qui concerne les propositions de modification de l'article 34 (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 23 et 26) le Groupe de travail a généralement estimé que: i) l'ajout proposé à l'article 34-4 b) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 23) devrait être supprimé pour éviter toute confusion entre la question des qualifications et celle de l'évaluation des offres. Il a néanmoins considéré que le principe énoncé dans ce projet d'ajout pourrait être inséré dans le texte proposé pour l'article 34-3 d) *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 26); ii) le libellé du texte proposé pour l'article 34-4 d) devrait être modifié pour indiquer que, avant de pouvoir rejeter une offre au motif que le prix était anormalement bas, l'entité adjudicatrice devait prendre certaines mesures, comme celles qui étaient indiquées dans l'article 34-3 d) *bis* proposé; et iii) dans l'article 34-3 d) *bis* proposé, les mots "et suscite des craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat" devraient être supprimés du chapeau.

111. Le secrétariat a été prié de tenir compte des commentaires ci-dessus lorsqu'il proposerait un texte révisé destiné à être inséré dans le Guide pour l'incorporation.

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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session

(A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3

II. Lignes directrices fixées par le Groupe de travail pour réviser le texte de la Loi type et celui du Guide pour l'incorporation afin de prévoir l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés 4-23

A. Portée et étendue des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation 4-13

1. Remarques générales 4-11

2. Phase d'administration et d'exécution des marchés dans le processus de passation 12-13

B. Principes législatifs généraux et démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés – articulation avec le droit du commerce électronique et d'autres droits 14-23

1. Remarques générales 14-19

2. Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation. 20-23

a) Remarques générales 20-23

b) Texte proposé. . . . . .

i) Présentation des dispositions introduisant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation . . . . . .

ii) Articulation entre la législation relative aux procédures dématérialisées et la législation sur le commerce électronique. . . . . .

iii) Comment permettre l'utilisation des communications électroniques dans la Loi type révisée. . . . . .

III. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée afin de permettre l'utilisation des communications électroniques durant le processus de passation des marchés . . 24-32

A. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents 24-29

1. Remarques générales 24

2. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *bis* sur l'équivalence fonctionnelle 25

3. Commentaire 26-29

B. Critères d'accessibilité 30-32

1. Proposition de nouveau texte, pour insertion dans la Loi type: nouvel article 5 *bis* sur les critères d'accessibilité 30

2. Commentaire 31

3. Nouveau texte concernant l'article 4 *bis* ou 5 *bis* de la Loi type proposé pour insertion dans le Guide pour l'incorporation 32

I. Introduction

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 sur la passation des marchés" ou "Loi type")[1] est présenté aux paragraphes 5 à 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.37, dont celui-ci sera saisi, pour examen à sa huitième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, s'il y a lieu, afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics, notamment de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique.

2. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a abordé les sujets suivants: la publication et la communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés, d'autres aspects découlant de l'utilisation des moyens électroniques de communication dans le processus de passation (tels que les conditions de cette utilisation), les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (voir, pour plus de détail, le document A/CN.9/575). Il a prié le secrétariat de préparer des propositions de textes sur ces

[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).

sujets pour examen à sa huitième session et de présenter une étude comparative sur l'utilisation des accords-cadres (A/CN.9/568, par. 78, et A/CN.9/575, par. 9).

3. Le Groupe de travail trouvera ci-après, pour examen, des projets de dispositions régissant l'utilisation des moyens électroniques de communication dans le processus de passation, y compris les conditions de cette utilisation. Des propositions de textes sur la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, ainsi que les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses lui seront présentées dans d'autres documents de travail (A/CN.9/WG.I/WP.39 et A/CN.9/WG.I/WP.40). Comme l'a également demandé le Groupe de travail à sa septième session, le secrétariat abordera la question des accords-cadres dans deux autres documents de travail (A/CN.9/WG.I/WP.41 et A/CN.9/WG.I/WP.42, respectivement).

II. Lignes directrices fixées par le Groupe de travail pour réviser le texte de la Loi type et celui du Guide pour l'incorporation afin de prévoir l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés

A. Portée et étendue des modifications à apporter à la Loi type et au Guide pour l'incorporation

1. Remarques générales

4. Le Groupe de travail a réaffirmé que les principes régissant les marchés publics devraient figurer dans le texte révisé de la Loi type et que des orientations appropriées sur leur application devraient être fournies dans son Guide pour l'incorporation (A/CN.9/568, par. 24, et A/CN.9/575, par. 11).

5. Cette approche s'inscrit dans la continuité de celle qui avait été suivie lors de l'adoption de la Loi type et de son Guide pour l'incorporation en 1994. Le paragraphe 12 du Guide, dans la partie intitulée "Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés" indique ce qui suit:

> "*La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation 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 en œuvre ces procédures dans un État. C'est pourquoi elle suppose l'adoption par les États d'une 'réglementation 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 ou de l'évolution de la situation dans chaque État – sans que soient compromis les objectifs de la Loi type.*"

6. Lorsqu'il a examiné la portée des modifications à apporter au texte de la Loi type, le Groupe de travail a tenu compte de son double objectif d'actualisation et de simplification – mais aussi de plus grande précision – du texte ainsi que des effets que ces modifications auraient sur les pays qui s'étaient inspirés de la Loi type

actuelle pour élaborer leur législation sur les marchés (A/CN.9/575, par. 10). En conséquence, il a exprimé le souhait de ne pas réviser le texte actuel de la Loi type plus que cela n'était raisonnablement nécessaire pour atteindre son objectif.

7. Le paragraphe 7 du Guide pour l'incorporation, dans la partie intitulée "Objet du Guide", indique ce qui suit:

> "*Les informations présentées dans le Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi ont été retenues à titre de caractéristiques minimales essentielles d'une législation moderne des marchés conçue en fonction des objectifs énoncés dans le préambule de la Loi. 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 de la Loi qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de conditions propres à tel ou tel État; [...] étant donné que la Loi type est une loi 'cadre' n'offrant qu'une ossature minimale consistant en des dispositions essentielles et prévoyant la publication d'une réglementation des marchés, le Guide recense et examine les domaines qui pourraient être traités par la réglementation plutôt que par la loi*."

8. S'agissant de la nature et du degré de détail des orientations à fournir, et lorsqu'il a examiné la question des procédures dématérialisées, le Groupe de travail a noté combien il importait que la CNUDCI formule des lignes directrices pour assurer la cohérence de la réglementation des marchés dans différents pays. Il a également émis la crainte qu'en l'absence de telles lignes directrices des pratiques s'écartant des principes de la Loi type et incompatibles avec eux ne se développent (A/CN.9/575, par. 61).

9. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner s'il conviendrait d'élargir la portée du Guide pour l'incorporation afin que non seulement il continue à remplir ses fonctions énoncées au paragraphe 7 ci-dessus, mais qu'il réponde aussi à la crainte exprimée au paragraphe précédent. Il jugera peut-être utile que le Guide fournisse plus de détails, sous forme de commentaire voire de projet de texte, sur la réglementation que les États pourraient adopter, par exemple lorsqu'ils introduiront ou autoriseront les communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/568, par. 38). Dans ce cas, il faudra peut-être aussi que le Guide, dans sa version révisée, emploie des termes plus prescriptifs que dans sa version actuelle (voir également par. 23 ci-dessous). Le Guide aborderait alors de façon assez détaillée les procédures pratiques et devrait peut-être prévoir la possibilité de modifier ces procédures à mesure que de nouvelles technologies et de nouveaux modes opératoires apparaissent.

10. Le Groupe de travail pourrait envisager, en vue d'aider les responsables de la passation des marchés dans les États adoptants, d'aborder ces procédures pratiques dans le Guide pour l'incorporation en s'intéressant aux questions qui se posent aux entités adjudicatrices en tant que parties contractantes à un marché. À cet égard, la Chambre de commerce internationale (CCI) a publié un Guide sur la conclusion de contrats par voie électronique (Guide to Electronic Contracting) ainsi que les Clauses 2004 de la CCI pour les contrats électroniques (ICC e-Terms 2004)[2], qui ont pour objet d'accroître la sécurité juridique des contrats conclus par voie

---

[2] Accessible à l'adresse http://www.iccwbo.org/law/econtracting/.

électronique. Du fait que ces questions sortent strictement du champ d'application de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité de se référer à d'autres publications qui les traitent, telles que le Guide de la CCI.

11. Compte tenu de l'importance des ajouts susceptibles d'être apportés au Guide pour l'incorporation, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait d'élaborer un nouveau Guide (qui serait éventuellement intitulé "Guide pour l'incorporation et l'utilisation") ou d'inclure ces ajouts dans le texte actuel sous forme d'additifs. En vue de l'aider à décider de la forme que devrait revêtir le Guide révisé, le secrétariat présente ci-dessous une proposition pour le texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, qui pourrait figurer dans le Guide (voir après le paragraphe 20 ci-dessous). Le Groupe de travail voudra peut-être considérer ce texte comme un exemple de la manière dont la version révisée du Guide pourrait être présentée.

2. Phase d'administration et d'exécution des marchés dans le processus de passation

12. La Loi type aborde les procédures à suivre lors de l'attribution d'un marché. Comme l'indique le paragraphe 10 du texte actuel du Guide pour l'incorporation:

> "*La Loi type énonce les procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché. La Loi type ne vise pas la phase d'exécution du marché. On n'y trouvera donc pas de dispositions sur des questions liées à l'exécution du marché telles que l'administration du marché, le règlement des litiges relatifs à son exécution ou la résiliation du marché. C'est à l'État qui adopte la Loi type qu'il appartient de veiller à ce qu'il y ait des lois et structures appropriées pour régler la phase d'exécution du processus de passation des marchés*."

13. Eu égard aux commentaires généraux ci-dessus concernant la portée de la Loi type et du Guide pour l'incorporation, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la phase d'administration et d'exécution des marchés devrait être traitée dans ces textes (voir également par. 78 du document A/CN.9/WG.I/WP.36), de manière également à répondre à la crainte émise au paragraphe 8 ci-dessus. La présente note ne propose pas de modifications à apporter éventuellement à la Loi type et au Guide pour l'incorporation si cet aspect de la passation des marchés était abordé, ce qui pourrait s'avérer nécessaire.

B. Principes législatifs généraux et démarche à suivre pour traiter l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation des marchés – articulation avec le droit du commerce électronique et d'autres droits

1. Remarques générales

14. À sa septième session, le Groupe de travail a décidé de consacrer ses délibérations futures à la forme des communications dans le processus de passation des marchés afin de poser un principe général d'équivalence fonctionnelle dans

l'utilisation de communications dans la passation (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13, et A/CN.9/575, par. 11)[3]. C'est sur ce principe qu'est fondée la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[4] ("Loi type sur le commerce électronique").

15. Le paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique énumère les fonctions d'un document comme suit: "[un document devrait être] lisible par tous; inaltérable; permettre la reproduction [...] de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, [se présenter] sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux."

16. L'approche reposant sur l'équivalence fonctionnelle consiste à admettre que l'exigence légale des documents papier, qui remplissent les fonctions précitées, constitue le principal obstacle à l'utilisation des communications électroniques, du fait que ces dernières risquent de ne pas jouir du même degré de sécurité contractuelle et de reconnaissance juridique que les communications papier. La loi peut exiger par exemple la présentation de documents sous "forme écrite", ou sous "forme originale" ou encore la production de "preuves documentaires". Le principe de l'équivalence fonctionnelle vise à faire en sorte que tous les documents aient le même degré de sécurité contractuelle et de reconnaissance juridique.

17. Le Groupe de travail a également exprimé le souhait que les dispositions de la Loi type sur la passation des marchés soient technologiquement neutres pour les mêmes raisons que celles énoncées au paragraphe 24 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique:

> "*L'approche retenue dans la Loi type [sur le commerce électronique] consiste à couvrir en principe toutes les situations de fait dans lesquelles une information est créée, conservée ou communiquée, indépendamment du support utilisé pour cette information. On a pensé au cours de l'élaboration de la Loi type [sur le commerce électronique] que l'exclusion de toute forme ou support, qui revêtirait la forme d'une limitation du champ d'application de la Loi type, pourrait soulever des difficultés pratiques et serait contraire à l'intention [énoncée au paragraphe 6 du Guide] d'élaborer des règles véritablement indépendantes du support utilisé.*"

---

[3] L'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle est pleinement compatible avec les dispositions du texte actuel de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés en ce qui concerne l'utilisation de communications dans le processus de passation. L'article 9-1 de la Loi type dispose que, sous réserve de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation, les communications sont présentées sous une forme qui "atteste leur teneur". Cet article ne définit pas les méthodes ou les moyens de communication.

[4] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXVII: 1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F. 98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F. 99.V.4) et sont accessibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ML-EC-F.pdf).

18. Cependant, le Groupe de travail a aussi noté que certains États adoptants ont déjà pris des dispositions pour aborder, dans leur législation générale, des questions découlant de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation de marchés. En outre, ils ont parfois adopté des règles spéciales pour l'utilisation des communications électroniques dans le secteur public, notamment dans le processus de passation de marchés (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 12). Le Groupe de travail a donc décidé que les questions relevant du droit général du commerce électronique et non du droit des marchés ne devraient pas être traitées dans la Loi type même. C'est à la législation générale d'un État adoptant qu'il appartient de régir les questions soulevées par le commerce électronique en général, et le Groupe de travail ne recommandera pas de dispositions relatives aux communications électroniques pour insertion dans la Loi type à moins que le contexte de la passation des marchés ne l'exige absolument (A/CN.9/575, par. 50).

19. Néanmoins, il ressort des recommandations du Groupe de travail sur le contenu du Guide pour l'incorporation que ce dernier devrait fournir des orientations aux États adoptants à propos de la législation à adopter en la matière, en examinant par exemple les règles que ceux-ci pourraient veiller à mettre en place afin que les marchés puissent être conclus efficacement à l'aide de communications électroniques et de l'informatique. Ces règles générales pourront dans certains cas être complétées par des règlements sur des questions comme celles prévues aux chapitres II et III de la Loi type sur le commerce électronique intitulés, respectivement "Application des exigences légales aux messages de données" et "Communication de messages de données" (le terme "message de données" est équivalent à celui de "communication électronique")[5]. Le Groupe de travail pourrait donc examiner dans quelle mesure les orientations à fournir devraient traiter ces questions et mentionner d'autres documents, comme la Loi type sur le commerce électronique, qui apportent des solutions.

2. Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation

a) Remarques générales

20. Le Groupe de travail jugera peut-être utile de créer une nouvelle section dans l'introduction du Guide pour l'incorporation afin d'y aborder le contenu des

---

[5] Le chapitre II aborde les questions suivantes: "Reconnaissance juridique des messages de données", "Incorporation par référence", "Écrit", "Signature", "Original", "Admissibilité et force probante d'un message de données" et "Conservation des messages de données"; et le chapitre III les questions suivantes: "Formation et validité des contrats", "Reconnaissance par les parties des messages de données", "Attribution des messages de données", "Accusé de réception", "Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données". Le Groupe de travail sait sans doute que le Groupe de travail sur le commerce électronique a fait des recommandations à la Commission concernant des projets de dispositions en vue d'une convention sur les contrats électroniques. La Commission a approuvé le texte de cette convention à sa trente-huitième session, tenue à Vienne du 4 au 15 juillet 2005. Ces projets de dispositions ne diffèrent pas beaucoup des dispositions de la Loi type sur le commerce électronique et si la convention est adoptée par la Commission, sa ratification et son entrée en vigueur devraient prendre un temps considérable. En conséquence, le Groupe de travail souhaitera peut-être, pour l'heure, fonder ses délibérations sur les dispositions de la Loi type sur le commerce électronique, mais les actualiser s'il y a lieu avant la fin de ses travaux.

modifications qu'il est prévu d'apporter à la Loi type; l'emplacement approprié de ce nouveau texte dépendra toutefois, dans une certaine mesure, des solutions qu'il retiendra pour les principes régissant l'utilisation des communications électroniques, principes dont s'inspireront les propositions de modification à la Loi type. On trouvera ci-après le texte pouvant servir de base aux orientations à fournir dans le Guide pour l'incorporation, puis les modifications qu'il est envisagé d'apporter à la Loi type même et un commentaire article par article.

21. Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note des éléments suivants concernant la formulation du texte proposé. Premièrement, pour éviter toute confusion au cours de ses délibérations, la Loi type actuelle est appelée "Loi type de 1994". Deuxièmement, le texte cite des extraits de la Loi type sur le commerce électronique, mais le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si les dispositions de cette dernière doivent être mentionnées et comment lors de l'élaboration du Guide. Troisièmement, des modifications stylistiques et d'autres changements mineurs seront peut-être nécessaires (notamment une terminologie nouvelle pour établir une distinction entre la Loi type de 1994 et la Loi type révisée), afin d'assurer la cohérence interne du Guide lorsque celui-ci sera finalisé. Quatrièmement, les renvois aux documents de travail et aux rapports du Groupe de travail seront supprimés, mais ils figurent dans les propositions ci-après pour référence lors des délibérations du Groupe de travail. Pour la même raison, le projet de texte comprend des notes de bas de page, qui pourront également être supprimées dans le texte final. Enfin, selon que le Groupe de travail décidera de réviser le Guide au moyen d'additifs ou en produisant un nouveau Guide, il faudra modifier la numérotation des paragraphes.

22. Le texte se limite strictement aux principaux problèmes posés par l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être déterminer le niveau de détail approprié pour examiner ces problèmes (voir, par exemple, le projet de paragraphe 10, sur la question des signatures électroniques).

23. Si le Guide doit servir à la fois pour l'incorporation et pour l'utilisation de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si certaines de ses orientations devraient revêtir un caractère davantage prescriptif. Aussi, le texte présenté ci-après contient-il, pour examen par le Groupe de travail, des propositions de variantes sur la question du caractère suffisant ou non de la législation générale du commerce électronique dans les États adoptants, ces variantes pouvant revêtir à peu près la forme suivante: "Les États adoptants [souhaiteront également] [souhaiteront peut-être] examiner [si la loi est adéquate]".

b) Texte proposé

i) Présentation des dispositions introduisant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation

1) La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (version de 1994) a été adoptée à une époque où l'utilisation de l'informatique et des communications électroniques était envisagée mais pas encore très répandue. Bien que certaines de ses dispositions rendent possible l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation, la Loi type ne s'attache pas en priorité aux problèmes juridiques

posés par l'utilisation de ces technologies et plusieurs de ses dispositions laissent supposer que les communications, l'établissement des procès-verbaux et la production de preuves s'inscrivent en grande partie dans un environnement papier, comme en témoignent les références aux "pièces" et à d'autres concepts analogues, dans les articles 6-2, 7-3 a) iii), 10, 27 c), 36 et 38 f), ainsi que les règles sur la préparation, la modification, le retrait, la soumission et l'ouverture des offres et la conclusion des marchés.

2) Depuis l'adoption de la Loi type en 1994, l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics, notamment le recours à l'Internet dans les procédures de passation des marchés, que le présent Guide désignera sous le terme générique de "procédures dématérialisées", s'est développée rapidement. Il est apparu que les procédures dématérialisées offrent de nombreux avantages potentiels, notamment un meilleur rapport qualité-prix du fait d'une concurrence renforcée sur un marché des achats élargi, une meilleure information des fournisseurs et des entrepreneurs et des techniques plus compétitives, des économies de temps et d'argent, une meilleure administration des marchés attribués et, dans certains cas, une meilleure application des règles et des politiques et une réduction des risques de corruption et d'abus. Les procédures dématérialisées offrent en outre une excellente occasion de renforcer la confiance du public et la transparence du processus. La CNUDCI considère donc que la Loi type devrait prévoir des dispositions de manière à permettre l'utilisation de ces procédures.

3) Il a cependant été estimé que des règles régissant l'utilisation des procédures dématérialisées seraient peut-être nécessaires pour résoudre certaines questions, à savoir la nouveauté relative des communications électroniques, le risque de discrimination lorsque l'accès à l'infrastructure nécessaire fait défaut, la sécurité, la confidentialité et l'authenticité dans les communications électroniques, et l'impact des méthodes modernes de passation des marchés sur d'autres objectifs socioéconomiques. Les modifications apportées à la Loi type initiale visent à répondre à ces différentes préoccupations et le présent Guide expose les objectifs des modifications elles-mêmes.

4) Bien que certains problèmes posés par les procédures dématérialisées puissent être réglés dans le cadre des dispositions existantes de la Loi type (ou par l'interprétation des lois et règles existantes, y compris comme l'indique le Guide pour l'incorporation), la CNUDCI a révisé le texte de la Loi type afin d'y prévoir des dispositions appropriées ou d'y fournir des précisions lorsque cela était nécessaire et, si possible, afin de promouvoir l'utilisation de ces procédures comme un moyen de favoriser la réalisation des objectifs de la Loi type même.

ii) Articulation entre la législation relative aux procédures dématérialisées et la législation sur le commerce électronique

5) Les procédures dématérialisées sont naturellement tributaires du niveau existant d'utilisation et de réglementation du commerce électronique en général. Le présent Guide mentionnera donc aussi l'articulation entre la législation sur le commerce électronique et celle sur la passation des marchés

s'il y a lieu. Il n'est pas recommandé que le droit des marchés régisse le commerce électronique en général; c'est pourquoi la Loi type n'abordera pas les questions qui relèvent de la législation générale sur le commerce électronique. Elle prévoit en revanche des dispositions lorsque le contexte de la passation des marchés exige des mesures supplémentaires (par exemple pour la soumission des offres). Compte tenu de ce qui précède, les États adoptants voudront peut-être s'assurer que leur législation régissant l'utilisation du commerce électronique prévoie effectivement une reconnaissance adéquate des communications électroniques et traite des aspects exposés dans les paragraphes suivants. Pour la commodité des États adoptants, les solutions que la CNUDCI a apportées dans son principal texte sur le commerce électronique (la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)) sont également présentées ci-après[6].

6) L'une des principales entraves à l'utilisation des communications électroniques est de nature juridique: à savoir l'incertitude quant à la reconnaissance, la validité ou la force exécutoire des communications électroniques créées lors du processus contractuel. Peuvent constituer un obstacle l'exigence de communications et de documents "écrits" ou "originaux", les formalités de formation des contrats et les critères de recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal (A/CN.9/568, par. 30, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44). La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique vise à permettre la réalisation d'opérations commerciales par voie électronique en supprimant ces obstacles juridiques et en sécurisant ainsi l'utilisation des communications électroniques.

7) Pour ce faire, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pose un principe général d'équivalence fonctionnelle entre les communications, de sorte que les communications électroniques jouissent de la même reconnaissance que les documents sur support papier traditionnel. Le paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de cette Loi type décrit plus en détail les fonctions remplies par les documents, y compris les communications. Ces fonctions devraient notamment être les suivantes: "fournir un document lisible par tous; fournir un document inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux."

8) Les articles 5, 6 et 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoient en substance l'équivalence fonctionnelle entre communications sur papier et communications électroniques, en abordant la question de la "reconnaissance juridique des messages de données

---

[6] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXVII: 1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm.

[communications électroniques], ainsi que les notions d'"écrit" et d'"original". Ces dispositions, qui doivent être lues conjointement, ont pour effet combiné de conférer aux communications électroniques le même degré de reconnaissance et de validité juridiques qu'aux communications sur papier – en somme, les deux types de communications sont fonctionnellement équivalentes.

9) La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique traite ces questions comme suit:

a) Article 5: "L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données". Dans son commentaire de l'article, le Guide pour l'incorporation précise que "l'article 5 indique seulement que la forme sous laquelle une certaine information est présentée ou conservée ne peut être invoquée comme unique raison pour laquelle cette information n'aurait aucune valeur légale, validité ou force exécutoire. L'article 5, toutefois, ne devrait pas être interprété à tort comme établissant la valeur légale de tout message de données ou de toute information qu'il renferme";

b) Article 6: "Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement." Le commentaire précise que "[l]'article 6 vise à définir la norme de base à laquelle doit satisfaire un message de données pour pouvoir être considéré comme répondant à l'exigence qui peut découler d'un texte de loi ... en vertu duquel l'information doit être conservée ou présentée par écrit (ou en vertu duquel l'information doit figurer dans un "document" ou un autre instrument ayant un support papier)"; et

c) Article 8: "Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence: a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et b) si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée." Le commentaire explique que, bien que la notion d'"original" renvoie normalement aux titres représentatifs et aux instruments négociables, cette disposition peut être nécessaire dans certains pays pour d'autres opérations.

10) [Les problèmes particuliers qui se posent en cas de signature électronique des documents et lors de la conclusion de contrats par voie électronique sont examinés dans le commentaire relatif à l'article 36 ("Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché") ci-après.] [En ce qui concerne la signature électronique des documents, l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose ce qui suit: "Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: a) si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et b) si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou

communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.”]

11) Les États adoptants voudront peut-être aussi édicter une réglementation sur des questions telles que les interruptions techniques, les dénis de responsabilité et des problèmes pratiques comme les fuseaux horaires, la réception, etc.

iii) Comment permettre l’utilisation des communications électroniques dans la Loi type révisée

12) La présente Loi type révisée sur la passation des marchés traite l’utilisation des communications électroniques dans le processus de passation, en adoptant le principe de l’équivalence fonctionnelle posé par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique sans toutefois, comme il est indiqué plus haut, prévoir de disposition sur les questions traitées dans la législation générale du commerce électronique à moins que le contexte de la passation des marchés n’exige des mesures supplémentaires. Par conséquent, la Loi type sur la passation des marchés n’aborde pas les questions suivantes: la reconnaissance juridique générale des communications électroniques, la signification des notions d’“écrit”, et d’“original”, les signatures électroniques ou numériques, l’admissibilité et la force probante des communications électroniques, la formation, la validité et l’exécution des contrats, l’attribution des communications électroniques, l’accusé de réception des communications électroniques autres que les offres.

13) Les dispositions proposées dans la présente Loi type révisée prévoient que toute obligation faite par cette dernière de présenter un écrit, d’établir un procès-verbal ou de participer à une réunion peut être satisfaite au moyen de communications électroniques. (S’agissant d’une réunion, l’utilisation de communications électroniques signifie que les participants peuvent suivre les discussions et y participer en utilisant des moyens électroniques de communication.) Elles ne prévoient pas que de telles communications sont en soi juridiquement valables, question qui sera réglée dans la législation générale sur le commerce électronique de l’État adoptant. Cependant, le contexte de la passation des marchés exige des dispositions particulières, par exemple pour certains aspects de la soumission des offres, abordés aux articles 27 h), q), r) et z), 30, 31-2 et 33 de l’actuelle Loi type. Dans ces cas, le bien-fondé et les objectifs de ces dispositions sont exposés dans la section correspondante du présent Guide (A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13, A/CN.9/575, par. 11).

14) La Loi type révisée encourage également, lorsque cela est possible (mais n’exige pas), l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique dans les marchés publics (A/CN.9/575, par. 10, A/CN.9/568, par. 33), sauf dans le cas de [renvoi aux procédures dématérialisées, telles que les enchères électroniques inversées et les systèmes d’acquisition dynamiques].

15) L’utilisation de communications électroniques pose des problèmes d’authenticité, de confidentialité et d’intégrité des communications, des documents et des données, comme cela est indiqué plus haut. Les États

adoptants [souhaiteront également] [souhaiteront peut-être] examiner dans quelle mesure leur législation interne sur le commerce électronique prévoit des règles adéquates pour les communications susceptibles d'être créées dans le cadre de la passation des marchés. Cette question est examinée plus en détail dans les sections du présent Guide relatives à la forme des communications (art. 9 de la Loi type de 1994) et la soumission des offres par des moyens électroniques (art. 30 de la Loi type de 1994).

16) Le principe de la souplesse dans la méthode de communication, qui se fonde sur l'équivalence fonctionnelle, s'applique non seulement aux communications en général dans le cadre de la passation mais également à la publication des possibilités de marchés et des informations relatives aux marchés, à l'échange de ces informations, à la soumission et à l'ouverture des offres, à la tenue de conférences préalables à la soumission des offres, à l'établissement, à la conservation et à la diffusion d'informations et de documents (y compris le procès-verbal de la procédure de passation exigé par l'article 11 de la Loi type) et à la conclusion des marchés. Aussi l'article 4 *bis* [ou 5 *bis*] proposé est-il rédigé en termes généraux, afin d'englober tous les aspects de la création, du transfert et de la conservation d'informations dans les communications et documents. Les règles et les critères d'accessibilité décrits dans les paragraphes précédents devraient s'appliquer également à ces notions plus générales.

III. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée afin de permettre l'utilisation des communications électroniques durant le processus de passation des marchés

A. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Remarques générales

24. Le Groupe de travail a abordé la rédaction des nouvelles dispositions prévoyant l'utilisation des communications électroniques sous deux angles. D'une part, il a décidé d'inclure une nouvelle disposition énonçant le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les méthodes de communication comme décrit ci-dessus (y compris les notions de sécurité dans l'utilisation des communications électroniques et de reconnaissance juridique de ces communications). D'autre part, il souhaite faire en sorte que les dispositions générales de la Loi type concernant la forme des communications soient suffisantes pour permettre l'application de ce principe (ce qui peut exiger des modifications supplémentaires au texte actuel).

2. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *bis* sur l'équivalence fonctionnelle

25. À sa septième session, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations en examinant les différentes variantes ci-après d'un nouvel article 4 *bis* énonçant le principe de l'équivalence fonctionnelle:

a) Variante A

Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Toute [disposition] [exigence] de la présente Loi prévoyant:

a) qu'un document doit être écrit;

b) qu'un document doit être signé;

c) qu'un document doit être placé dans une enveloppe scellée;

d) qu'un document doit être publié, fourni ou mis à disposition;

e) qu'un procès-verbal doit être dressé ou conservé;

f) qu'une réunion doit avoir lieu; et

g) que les offres doivent être ouvertes

ou toute autre exigence qui sous-entend une présence physique ou un environnement papier peut être satisfaite par l'utilisation de moyens électroniques ou optiques ou de moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article 4 *bis* ou 5 *bis*][7].]

b) Variante B

Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme englobant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le

---

[7] En ce qui concerne l'article 5 *bis* proposé, voir par. 30 ci-après.

télégraphe, le télex et la télécopie] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article 4 *bis* ou 5 *bis*]. [La liste figurant dans la variante A serait insérée dans le Guide pour l'incorporation.] (A/CN.9/568, par. 13).

3. Commentaire

26. Chaque variante présente trois caractéristiques:

a) Elle fournit une description des méthodes pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents ainsi que pour tenir des réunions;

b) Elle dispose que le recours à des "moyens" électroniques pour accomplir ses différentes actions sera suffisant, sans toutefois définir ni préciser davantage le terme "moyens";

c) Elle prévoit une condition d'utilisation des "moyens" électroniques, afin que ceux-ci contribuent à la réalisation des objectifs de la Loi type et, en particulier, ne constituent pas un obstacle à l'accès aux Procédures de passation (ces aspects sont exposés aux alinéas a), b) et c) de l'article 4 *bis* ou 5 *bis* proposé, à savoir les "critères d'accessibilité", dont le Groupe de travail a décidé qu'ils devaient s'appliquer à tout moyen de communication choisi (A/CN.9/575 (par. 14, 25, 32, 33, 39, 45 et 50))[8].

27. Les deux variantes se distinguent par l'emplacement de la description de "toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents". La variante A fournit une liste non exhaustive de méthodes et la variante B décrit ces méthodes de manière générique, des exemples devant être donnés dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'énumération d'exemples dans le texte afin d'améliorer la compréhension ne risque pas plutôt de semer la confusion, dans l'hypothèse où surviendraient d'autres situations dans lesquelles des informations ou des documents sont communiqués, publiés, échangés ou conservés et à mesure que les modalités commerciales évoluent.

---

[8] Les moyens de communication imposés ne devraient pas constituer un obstacle déraisonnable à la participation à la procédure de passation des marchés (principe qui permettrait d'exiger soit des communications sur papier soit des communications électroniques dans les circonstances appropriées).

28. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si le mot “méthodes” employé dans l’intitulé devrait être remplacé, dans un souci de cohérence, par le mot “moyens” qui figure dans le corps même du texte. Il pourrait ensuite envisager la possibilité de faire suivre les mots “présence physique” par les mots “d’une personne”. Le mot “moyens” n’étant pas défini dans le texte, la formule “de communication, de publication, d’échange ou de conservation des informations ou des documents” pourrait également être insérée après ce mot dans l’une ou l’autre variante. Une autre solution serait d’insérer un libellé du type “à cette fin” (variante A) ou “utilisés pour ces notions” (variante B) après le mot “moyens”, afin de montrer clairement que ce mot se rapporte aux éléments mentionnés immédiatement avant. Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être imposer l’obligation de veiller au respect des critères d’accessibilité à l’entité adjudicatrice et non à l’État adoptant. À cet égard, il souhaitera peut-être examiner la variante C ci-après de l’article 4 *bis* proposé, qui s’inspire de la variante A ci-dessus mais qui pourrait aussi être présentée sous la même forme que la variante B, *mutatis mutandis*:

c) Variante C

Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d’échange ou de conservation d’informations ou de documents

1. Toute [disposition] [exigence] de la présente Loi prévoyant:

a) qu’un document doit être écrit;

b) qu’un document doit être signé;

c) qu’un document doit être placé dans une enveloppe scellée;

d) qu’un document doit être publié, fourni ou mis à disposition;

e) qu’un procès-verbal doit être dressé ou conservé;

f) qu’une réunion doit avoir lieu; et

g) que les offres doivent être ouvertes

ou toute autre exigence qui sous-entend une présence physique ou un environnement papier peut être satisfaite par l’utilisation de moyens électroniques ou optiques ou de moyens comparables [de communication, de publication, d’échange ou de conservation des informations ou des documents]. [Ces moyens peuvent être notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], [à condition que l’entité adjudicatrice ait l’assurance que cette utilisation:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s’appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l’économie et l’efficacité dans le processus de passation; et

c) n’entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l’encontre de fournisseurs ou d’entrepreneurs

potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article 4 *bis* ou 5 *bis*][9].]

29. Les orientations qu'il est proposé de fournir sur ce point dans le Guide pour l'incorporation sont présentées dans le projet de texte figurant après le paragraphe 23 ci-dessus.

B. Critères d'accessibilité

1. Proposition de nouveau texte, pour insertion dans la Loi type: nouvel article 5 *bis* sur les critères d'accessibilité

30. Pour ce qui est des "critères d'accessibilité" décrits dans le projet d'article 4 *bis* ci-dessus[10], le Groupe de travail a décidé, à sa septième session, que ceux-ci étaient un élément essentiel de l'introduction de dispositions laissant une certaine latitude dans le choix des formes de communication et que l'emplacement de la description de ces critères devrait être examiné compte tenu de toutes les révisions apportées sur ce point (A/CN.9/575, par. 14). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, par conséquent, si les critères devraient être insérés dans l'article 4 *bis* proposé, dans l'article 9 révisé (présenté dans la section suivante) ou éventuellement dans un nouvel article 5 *bis*, qui pourrait être libellé comme suit:

Article 5 *bis*. Critères d'accessibilité

1. L'entité adjudicatrice s'assure que l'utilisation qu'elle fait d'une quelconque méthode pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents ou pour tenir une réunion pendant le processus de passation des marchés:

a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];

b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et

c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence."

2. Commentaire

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le libellé actuel des critères d'accessibilité ne présente pas d'incohérences internes. L'alinéa a), qui fait référence à des moyens de communication "généralement disponibles" peut être considéré comme potentiellement contradictoire avec l'alinéa c), en ce qu'un moyen de communication peut être généralement disponible et néanmoins discriminatoire à l'encontre de certains fournisseurs ou entrepreneurs.

---

[9] En ce qui concerne l'article 5 *bis* proposé, voir par. 30 ci-dessous.

[10] Les critères qui s'appliquent également à la publication et à la conservation des informations sont examinés plus avant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.39.

3. Nouveau texte concernant l'article 4 *bis* ou 5 *bis* de la Loi type proposé pour insertion dans le Guide pour l'incorporation

32. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le Guide pour l'incorporation devrait aborder la notion de "critères d'accessibilité", par exemple dans les termes suivants:

Article [4] [5] *bis*. Critères d'accessibilité

1) Les nouvelles dispositions soumettent l'utilisation des moyens électroniques de communication à certaines conditions pour sauvegarder les objectifs de la Loi type, de manière à empêcher les moyens de communication choisis entraver l'accès aux marchés (A/CN.9/568, par. 30). Les conditions énoncées aux alinéas a), b) et c) de l'article 4 *bis* [ou 5 *bis*] proposé constituent des "critères d'accessibilité" devant s'appliquer à tout moyen de communication choisi (A/CN.9/575, par. 14, 25, 32, 33, 39, 45 et 50). Elles visent à empêcher, comme le prévoit actuellement l'article 9-3 de la Loi type de 1994, qu'une entité adjudicatrice fasse une discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent.

2) Les moyens électroniques de communication reposent habituellement sur un réseau capable de traiter et de transmettre des signaux numériques, qui doit être ouvert et généralement accessible à toute personne, à l'instar d'Internet, qui (au moment où est rédigée la présente note) est largement sinon universellement accessible. Cependant, en raison de la rapidité des progrès techniques, de nouvelles technologies peuvent voir le jour et, pendant une certaine période, n'être pas suffisamment accessibles (que ce soit pour des raisons techniques, de coût ou autres). Les "critères d'accessibilité" obligent donc les entités adjudicatrices à s'assurer, lorsqu'elles entament un processus de passation, que les moyens de communication choisis non seulement revêtent un caractère non discriminatoire et sont accessibles à tous à tout moment mais aussi qu'ils [remplissent les objectifs que la Loi type fixe dans son préambule] [n'entravent pas le processus de passation].

A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

III. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée afin de permettre l'utilisation des communications électroniques durant le processus de passation des marchés 1-32

C. Forme des communications – proposition de révision de l'article 9 de la Loi type. 1-5

1. Remarques générales. 1-2

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: révision de l'article 9 de la Loi type sur la forme des communications. 3

3. Proposition de texte additionnel à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type sur la forme des communications 4

4. Commentaires 5

D. Notion d'"électronique" et termes apparentés 6-12

1. Remarques générales. 6-7

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: inclusion à l'article 2 d'une définition de la notion d'"électronique" et des termes apparentés . . 8

a) Variante A . . . . . .

b) Variante B . . . . . .

3. Commentaire 9-12

E. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement 13-15

1. Remarques générales. 13

2. Proposition de texte additionnel à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type sur l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché 14

3. Commentaire 15

F. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché 16-18

1. Remarques générales. 16

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: modifications apportées à l'article 11 permettant de dresser le procès-verbal de la procédure de passation des marchés sous quelque forme que ce soit 17

3. Proposition de texte additionnel destiné au Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 permettant l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation des marchés sous quelque forme que ce soit . . . 18

G. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix 19-27

1. Remarques générales. 19-23

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: modifications apportées à l'article 30 pour permettre la soumission des offres sous forme électronique 24

3. Commentaire 25

4. Proposition de texte additionnel à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 30 de la Loi type permettant la soumission des offres sous forme électronique. 26-27

H. Ouverture électronique des offres 28-32

1. Remarques générales. 28-30

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: modifications apportées à l'article 33 pour traiter de l'ouverture des offres soumises électroniquement 31

3. Proposition de texte additionnel destiné au Guide pour l'incorporation concernant l'ouverture des offres soumises électroniquement 32

III. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée afin de permettre l'utilisation des communications électroniques durant le processus de passation des marchés

C. Forme des communications – proposition de révision de l'article 9 de la Loi type[1]

1. Remarques générales

1. La forme des communications est une sous-catégorie des moyens généraux de communication qu'il est proposé de traiter dans un nouvel article 4 *bis* de la Loi type et dont il est question dans les paragraphes 24 à 29 du document A/CN.9/WG.I/WP.38. Le Groupe de travail est convenu de poser à l'article 9 de la Loi type un principe général quant à la forme des communications (A/CN.9/575, par. 32 et 33), qui s'appliquerait à tous les types de communications mentionnés dans la Loi. Ce principe permettrait à l'entité adjudicatrice de choisir n'importe quelle forme de communication avec les fournisseurs et d'autres, sans être tenue de justifier son choix, à condition que la forme retenue soit conforme aux "critères d'accessibilité" énoncés plus haut au projet d'article 4 *bis*. Le choix est également soumis aux dispositions actuelles de l'article 9, d'après lesquelles les communications doivent se présenter sous une forme qui atteste leur teneur.

2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, compte tenu de leur rapport entre eux, l'actuel article 9, le projet d'article 4 *bis* et les "critères d'accessibilité" devraient figurer les uns à la suite des autres dans la Loi type. Il pourrait, par exemple, estimer que la notion d'accès aux communications telle qu'elle figure dans le projet de disposition sur les "critères d'accessibilité" est une question étroitement liée à l'actuel article 5 ("Accès du public à la réglementation des marchés") et qu'en conséquence les articles relatifs à l'utilisation des communications devraient précéder ou suivre immédiatement cet article.

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: révision de l'article 9 de la Loi type sur la forme des communications

3. Le Groupe de travail pourrait examiner le projet de révision de l'article 9 ci-après destiné à permettre à l'entité adjudicatrice de choisir la méthode de communication. Le texte du paragraphe 1 de la Loi type de 1994 est repris ci-dessous (en caractères normaux), suivi du texte additionnel proposé, qui est souligné.

---

[1] Voir, pour plus de détails, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 18 à 43, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Cette question concerne les dispositions suivantes de la Loi: procédure de présélection (art. 7), forme des communications (art. 9), règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs (art. 10), teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection (art. 25), communication du dossier de sollicitation (art. 26), clarification et modification du dossier de sollicitation (art. 28), soumission des offres (art. 30), avis de sollicitation de propositions (art. 37) et clarification et modification des sollicitations de propositions (art. 40).

Article 9. Forme des communications

1. Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marchés, les documents, notifications, décisions et autres communications visés dans la présente Loi qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur.

1 *bis*. L'entité adjudicatrice peut spécifier dans le dossier de sollicitation la forme que prendront toutes les communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs, à condition que les moyens de communication qu'elle aura choisis soient conformes aux critères d'accessibilité prévus à l'[article 4 *bis* ou 5 *bis*].

1 *ter*. L'entité adjudicatrice peut spécifier dans le dossier de sollicitation que les offres soumises conformément à l'article 30 doivent l'être sous forme électronique [, à condition que les moyens de soumission qu'elle aura choisis soient conformes aux critères d'accessibilité prévus à l'[article 4 *bis* ou 5 *bis*].

1 *quater*. Sans préjudice de son droit de spécifier la forme des communications dans le dossier de sollicitation, l'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils transmettent ou reçoivent les documents, les notifications, les décisions ou d'autres communications.

1 *quinquies*. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications ainsi que l'interopérabilité des systèmes utilisés pour les transmettre et les recevoir.

3. Proposition de texte additionnel à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type sur la forme des communications

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les paragraphes suivants – qui partent de la version de 1994 du Guide – pourraient servir de base aux orientations à fournir sur cette question. Le Guide de 1994 est repris ci-après (en caractères normaux), suivi du texte additionnel proposé (les passages à supprimer étant barrés et les nouveaux passages proposés soulignés).

Article 9. Forme des communications

1. L'article 9 vise à éviter toute incertitude quant à la forme requise des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs prévues par la Loi type. La condition essentielle, sous réserve d'autres dispositions de la Loi type, est la suivante: ces communications doivent être sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné. ~~Cette approche a été retenue afin de ne pas limiter les communications aux communications sur papier, compte tenu du fait que les communications sont de plus en plus souvent effectuées par d'autres moyens, tels que l'échange de données informatisées ("EDI"). Étant donné en particulier que les méthodes de~~

~~communication non classiques telles que l'EDI sont encore inégalement disponibles et utilisées, le paragraphe 3 a été inclus pour prévenir la discrimination contre ou parmi les fournisseurs et entrepreneurs en raison de la méthode de communication qu'ils utilisent.~~

2. Bien entendu, l'article 9 ne vise pas à répondre à toutes les questions techniques et juridiques que peut soulever l'utilisation de l'EDI ou d'autres méthodes de communication non classiques dans le contexte de la procédure de passation des marchés, et les questions subsidiaires telles que l'émission d'une garantie de soumission par des moyens électroniques et d'autres questions ne rentrant pas dans le domaine des "communications" prévues par la Loi type relèveraient d'autres branches du droit.

3. Afin d'éviter tout retard excessif tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 2 permet que certains types précis de communications soient effectués à titre préliminaire par d'autres moyens, notamment le téléphone, n'assurant pas que leur contenu soit dûment consigné, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication préliminaire soit donnée sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

3 *bis*. L'article 9 révisé de la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice peut choisir la méthode de communication qu'elle utilisera avec les fournisseurs ou les entrepreneurs durant le processus de passation des marchés. Cette disposition est destinée à permettre à l'entité adjudicatrice d'insister sur un moyen de communication particulier, telles que les communications électroniques, sans avoir à justifier son choix. Cette possibilité est toutefois soumise à deux conditions: premièrement, que le moyen de communication choisi réponde aux objectifs de la Loi type (à savoir les objectifs exposés dans son préambule) et, deuxièmement, que les moyens de communication n'entravent pas l'accès à la passation des marchés (les "critères d'accessibilité" décrits aux paragraphes ... ci-dessus s'appliqueront à tout moyen de communication choisi). À cet égard, les paragraphes révisés 1 *bis*, 1 *ter* et 1 *quarter* ont été inclus de manière à renforcer les garanties, prévues à cet article, contre les pratiques discriminatoires ou d'autres pratiques d'exclusion de la part des entités adjudicatrices (A/CN.9/575, par. 33). La question de savoir si l'entité adjudicatrice s'est acquittée de son obligation de veiller au respect des critères d'accessibilité pourra faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 54 et l'exigence posée à l'article 11, de dresser un procès-verbal de la procédure de passation permettra d'apprécier la décision de l'entité et la manière dont elle a été prise.

3 *ter*. Les paragraphes 1 *bis* et 1 *ter* visent également à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs n'aient pas le droit d'exiger un moyen de communication particulier avec une entité adjudicatrice et que les dispositions de la Loi type ne puissent être interprétées comme conférant un tel droit (A/CN.9/575, par. 33).

3 *quater*. Le paragraphe 1 *ter* a été inséré afin de prévoir la soumission des offres par voie électronique, actuellement interdite par l'article 30 de la Loi

type (voir, pour plus de détails, A/CN.9/568, par. 32, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 22 à 37)[2].

3 *quinquies*. Le nouveau paragraphe 1 *quinquies* proposé a pour but d'appeler l'attention des États adoptants sur le fait que:

a) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'authenticité des communications;

b) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être suffisants pour préserver l'intégrité des données;

c) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée;

d) Les outils ou systèmes utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être parfaitement compatibles (ou interopérables);

e) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient permettre d'établir la date de réception des documents, lorsque cette date est importante pour appliquer les règles de la passation des marchés (par exemple, la soumission des demandes de participation et des offres/propositions); et

f) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être sécurisés, autrement dit empêcher l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes d'accéder aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai, de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés et que les concurrents ne puissent avoir eux-mêmes accès à ces informations (sécurité) (A/CN.9/568, par. 41).

3 *sexies*. Les points a), b) et c) relèvent du droit général du commerce électronique et, comme il a été noté au paragraphe [renvoi à la partie sur les orientations générales] ci-dessus, les États adoptants [voudront] [voudront peut-être][3] examiner si leur législation actuelle prévoit des règles adéquates pour les communications pouvant être créées dans le processus de passation, si une réglementation supplémentaire est nécessaire et s'ils doivent faire référence à la nécessité de telles règles dans leur réglementation sur la passation des marchés. Par exemple, une législation nationale fait obligation aux responsables des entités adjudicatrices de s'assurer, avant de recourir au commerce électronique, "que les systèmes de [l'entité] sont en mesure de garantir un niveau d'authentification et de confidentialité proportionnel au risque et à la gravité du préjudice découlant de la perte, de l'utilisation abusive, de la consultation non autorisée ou de la modification des informations"[4].

---

[2] Un projet de texte révisant en conséquence l'article 30 ainsi qu'un commentaire de cet article sont présentés à la suite des paragraphes 23 et 24.

[3] Voir par. 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.38.

[4] Règlement fédéral des États-Unis sur les achats (Federal Acquisition Regulations), art. 4.502,

3 *septies*. Les points d), e) et f) requièrent des solutions propres à la passation des marchés, en rapport essentiellement avec la soumission électronique des offres, et sont traités dans les paragraphes [renvoi] ci-dessous.

4. Commentaire

5. Le Groupe de travail n'ignore sans doute pas que les moyens électroniques de communication peuvent nécessiter l'utilisation d'outils et de logiciels particuliers. Dans l'éventualité où une entité adjudicatrice souhaiterait, par exemple, avoir recours à un logiciel spécialisé, le Groupe de travail pourrait prévoir que l'entité devra le fournir gratuitement à tous et qu'elle devra s'assurer que tous les systèmes électroniques qu'elle utilise sont parfaitement compatibles (ou interopérables) avec ceux d'usage commun ou général. (Le terme "interopérabilité" désigne des systèmes qui peuvent communiquer entre eux sans obstacle technique ou fonctionnel, le droit général du commerce électronique ou la pratique pouvant prévoir des mesures ou des systèmes appropriés dans un État adoptant particulier). Le Groupe de travail pourrait également examiner si une description de ce que l'on entend par "usage commun ou général" serait nécessaire, eu égard peut-être aux critères d'accessibilité abordés précédemment dans la présente note.

D. Notion d'"électronique" et termes apparentés[5]

1. Remarques générales

6. Les différents projets de dispositions sur l'équivalence fonctionnelle proposés au Groupe de travail pour examen ne contiennent aucune définition des "moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables de communication [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie]".

7. À sa septième session, le Groupe de travail a examiné si l'article 2 de la Loi type devait définir les "termes "électronique" ou "moyens électroniques", en s'inspirant peut-être des directives européennes du 31 mars 2004 relatives à la passation des marchés (Directive 2004/17/CE et Directive 2004/18/CE) (A/CN.9/575, par. 20). Ces directives donnent la définition suivante: "Un 'moyen électronique' est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données qui utilisent la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques[6]."

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: inclusion à l'article 2 d'une définition de la notion d'"électronique" et des termes apparentés

8. Les projets d'articles 4 *bis* et 9 employant le terme "moyens électroniques" et d'autres termes apparentés, le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses

---

disponible à l'adresse <http://www.arnet.gov/far/loadmainre.html>.

[5] Voir, pour plus de détails, A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 17 à 22, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, art. 2, définitions.

[6] Voir l'article premier, paragraphe 13, de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne.

délibérations sur les définitions proposées pour ces notions à une prochaine session (A/CN.9/575, par. 22) en prenant en considération les variantes suivantes:

a) Variante A

"Le terme 'moyen électronique' de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents désigne la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.

Le terme 'moyen électronique' de réunion à une fin quelconque prévue dans la présente Loi désigne toute méthode permettant aux personnes réunies de suivre les discussions et d'y participer en utilisant des moyens électroniques de communication."

b) Variante B

"Le terme 'moyen électronique' de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents et de réunion désigne la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie."

3. Commentaire

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte du fait que, dans certains systèmes, la législation sur le commerce électronique définit plus ou moins précisément les termes "électronique" ou "moyens électroniques", ou des notions équivalentes. Les définitions font généralement toutes référence aux technologies électriques, numériques, magnétiques, radio, optiques, électromagnétiques, biométriques et photoniques ainsi qu'à la forme sous laquelle l'information peut être transmise ou conservée (par exemple, par télécommunication)[7].

---

[7] On trouvera ci-après des exemples de dispositions:

a. "Le terme 'électronique' s'emploie pour qualifier les technologies ayant des propriétés électriques, numériques, magnétiques, radio, optiques, électromagnétiques ou d'autres propriétés similaires" (United States Electronic Signatures in Global and National Commerce Act of 2000; art. 106 (2));

b. "Électronique": créé, enregistré, transmis ou mis en mémoire sous forme numérique ou sous une autre forme intangible par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou par d'autres moyens capables de créer, d'enregistrer, de transmettre ou de mettre en mémoire de façon similaire à ceux-ci; "électroniquement" a le même sens. (Canada: projet de loi uniforme sur le commerce électronique, définition 1);

c. "Courrier électronique": tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère. (Directive 2002/58/CE);

10. La Loi type sur le commerce électronique, en revanche, ne définit pas l'adjectif "électronique", mais aborde là encore la question des communications électroniques d'un point de vue fonctionnel. Elle dispose, dans l'article consacré aux définitions, que:

> *"a) Le terme 'message de données' désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;*
>
> *b) Le terme 'échange de données informatisées (EDI)' désigne le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information;"*

11. Ces définitions rejoignent celles des projets de nouvel article 4 *bis* et d'article 9 révisé, présentés respectivement à la suite du paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.38 et du paragraphe 3 ci-dessus.

12. La possibilité a également été émise de ne pas inclure de définition du terme "moyens électroniques" ou des termes apparentés au motif que cette définition ferait double emploi avec le projet d'article 4 *bis* (voir le texte à la suite du paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.38). Le Groupe de travail pourrait également estimer que l'absence de définition serait conforme au principe général voulant que seules les questions de commerce électronique propres à la passation des marchés soient traitées dans la Loi type. Si le Groupe conclut qu'aucune définition n'est nécessaire, il pourrait envisager d'expliquer la signification du terme "moyens électroniques"

---

d. "Le terme 'communication électronique' désigne: a) la communication d'une information sous forme de données, de texte ou d'images au moyen d'une énergie électromagnétique guidée et/ou libre; ou b) la communication d'une information parlée au moyen d'une énergie électromagnétique guidée et/ou libre, où la parole est traitée à sa destination par un système automatisé de reconnaissance vocale". (Australie, The Electronic Transactions Act 1999, art. 5, (1));

e. "Le terme 'communication électronique' désigne une communication transmise (soit d'une personne à une autre, soit d'un appareil à un autre, soit d'une personne à un appareil et inversement): a) au moyen d'un système de télécommunication (au sens du Telecommunications Act de 1984); b) par d'autres moyens mais toujours sous une forme électronique" (UK Electronic Communications Act 2000, art. 15);

f. "Le terme 'électronique' comprend les technologies électriques, numériques, magnétiques, optiques, électromagnétiques, biométriques, photoniques et toutes les autres formes de technologies apparentées; le terme 'communication électronique' désigne l'information communiquée ou destinée à être communiquée à une personne ou à un organisme public autre que son expéditeur, qui est créée, communiquée, traitée, envoyée, reçue, enregistrée, conservée ou affichée par des moyens électroniques ou sous forme électronique mais ne comprend pas l'information communiquée sous forme parlée, sauf si la parole est traitée à sa destination par un système de reconnaissance vocale automatique" (Republic of Ireland Electronic Commerce Act 2000, art. 2);

g. "Le terme 'enregistrement électronique' désigne un enregistrement créé, communiqué, reçu ou conservé par des moyens électroniques, magnétiques, optiques ou autres au sein d'un système d'information ou pour la transmission d'un système d'information vers un autre" (Singapour, Electronic Transactions Act (chap. 88), art. 2).

Le secrétariat a constaté que, dans d'autres pays, notamment ceux d'Europe continentale et d'Amérique latine, le terme "électronique" n'était généralement pas défini.

de communication dans le texte introductif destiné à être inséré dans le Guide pour l'incorporation et proposé à la suite du paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.38, de sorte que le Guide encourage, comme cela a été suggéré, les États adoptants à utiliser une terminologie cohérente pour éviter tout conflit avec d'autres textes de loi (A/CN.9/575, par. 20).

E. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement[8]

1. Remarques générales

13. L'article 36-2 a) et b) de la Loi type dispose que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit" conforme à cette offre. Conformément à sa position générale sur l'inclusion des questions de commerce électronique dans la Loi type, le Groupe de travail a décidé que la faculté de conclure un contrat électroniquement, y compris de signer un contrat électronique, relevait du droit général du commerce électronique et qu'en conséquence la Loi type n'avait pas à réglementer cette question (A/CN.9/575, par. 50)[9]. Il a cependant été d'avis que le Guide pour l'incorporation pourrait utilement aborder les questions soulevées par la conclusion électronique des contrats (voir, pour plus de détails, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44). Un texte est proposé dans ce sens ci-après.

2. Proposition de texte additionnel à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type sur l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché

14. Le Groupe de travail pourrait examiner l'opportunité d'ajouter le texte proposé ci-après à la suite du paragraphe 1 de la section du Guide pour l'incorporation consacrée à l'article 36 de la Loi type. Comme il a été mentionné précédemment, les titres et sous-titres du texte pourront être supprimés afin d'assurer l'unité stylistique du Guide lorsqu'il sera publié.

Formalités du marché

1 *bis*. Les articles 27 y) et 38 u) de la Loi type font référence à un marché "écrit", et l'article 36-2 a) et b) dispose que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit" [, soit de manière traditionnelle soit électroniquement]. [Les États adoptants voudront s'assurer que leur législation actuelle reconnaît les marchés conclus électroniquement].

---

[8] Voir, pour plus de détails, A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 44 à 58, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Le problème de la reconnaissance juridique des communications électroniques se pose en rapport avec l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché (art. 36), mais soulève également des questions de contrat de marché et de signatures électroniques.

[9] La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) traite de la question, comme son nom l'indique. Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8), et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://uncitral.org/pdf/french/texts/electrom/ml-elecsign-f.pdf).

a) Conclusion électronique des contrats

1 *ter*. La solution apportée par l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique n'a pas pour objet d'empiéter sur les règles générales de formation des contrats, mais plutôt "de promouvoir le commerce international en réduisant les incertitudes juridiques quant à la conclusion de contrats par des moyens électroniques. Cet article ne traite pas seulement de la question de la formation des contrats, mais aussi de la forme sous laquelle une offre et une acceptation peuvent être exprimées. Dans certains pays, [la disposition] (…) pourrait être considérée comme énonçant simplement l'évidence, à savoir qu'une offre et une acceptation, comme toute autre expression de volonté, peuvent être communiquées par n'importe quel moyen, y compris des messages de données. Toutefois, cette disposition est nécessaire en raison des incertitudes qui subsistent dans un nombre considérable de pays quant à savoir si des contrats peuvent valablement être conclus par des moyens électroniques. Ces incertitudes peuvent découler du fait que, dans certains cas, les messages de données exprimant une offre et une acceptation émanent d'ordinateurs sans intervention humaine immédiate, d'où des doutes quant à l'expression de la volonté des parties. Un autre motif d'incertitude réside dans le mode de communication et tient à l'absence de document sur papier." L'article 11 lui-même dispose que, "[l]orsqu'un message de données [communication électronique] est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données [communication électronique] a été utilisé."

b) Signatures électroniques

1 *quater*. Concrètement, les États adoptants, en accord avec leur législation sur le commerce électronique, souhaiteront peut-être prescrire la façon dont les parties signeront ou authentifieront d'une autre manière un marché passé électroniquement. Certains États peuvent exiger des signatures numériques ou d'autres formes authentifiées de signature électronique dans le domaine du commerce électronique, exigence qui pourra s'appliquer à la passation des marchés, à condition qu'elle n'entrave pas l'accès à cette passation.

1 *quinquies*. La solution fournie par les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique se trouve à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique. La partie du Guide pour l'incorporation consacrée à cet article note que l'objectif de ce dernier est de favoriser le recours aux signatures électroniques pour produire un effet juridique lorsque ces signatures sont l'équivalent fonctionnel de signatures manuscrites. L'article 7 traite de la question des signatures électroniques en se fondant sur le principe de l'équivalence fonctionnelle, comme suit: "[l]orsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: ... b) Si la fiabilité de cette [signature] est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

3. Commentaire

15. Le Groupe de travail relèvera que le paragraphe 1 *bis* proposé contient des variantes sur la question des signatures électroniques selon le degré plus ou moins prescriptif des orientations à fournir dans le Guide (voir, pour plus de détails, le paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.38).

F. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché

1. Remarques générales

16. L'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés dispose que l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, certains éléments d'information, et que ces derniers sont communiqués. Toutefois, reconnaissant que l'article 11 traite de la conservation et non de la diffusion des informations et qu'il ne prescrit pas la forme sous laquelle il faut établir le procès-verbal, le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'inclure le concept de conservation et celui de diffusion dans les "critères d'accessibilité" présentés à la suite du paragraphe 30 du document A/CN.9/WG.I/WP.38. Les projets d'articles 4 *bis* et 5 *bis*, et le projet d'ajout au Guide pour l'incorporation concernant les critères d'accessibilité, abordent ces questions. Le Groupe de travail a également décidé que la forme du procès-verbal ne devait pas être traitée dans l'article 11 mais dans le Guide (voir, pour plus de détails, A/CN.9/575, par. 43 à 46).

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: modifications apportées à l'article 11 permettant de dresser le procès-verbal de la procédure de passation des marchés sous quelque forme que ce soit

17. Le Groupe de travail a également prié le secrétariat de reformuler le projet de nouveau paragraphe 6 de l'article 11 afin que ses dispositions s'appliquent à toutes les méthodes de conservation des documents (A/CN.9/575, par. 47). La version révisée de la disposition est présentée ci-après.

> Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés
>
> …
>
> 6) Les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir des procédures pour dresser le procès-verbal de la procédure de passation et y accéder, y compris des mesures pour assurer l'intégrité, l'authenticité, l'accessibilité et, le cas échéant, la confidentialité des informations, la traçabilité des étapes de la procédure et l'interopérabilité des systèmes de conservation des procès-verbaux.

3. Proposition de texte additionnel destiné au Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 permettant l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation des marchés sous quelque forme que ce soit

18. Le Groupe de travail pourrait examiner si les paragraphes suivants, qui partent de la version de 1994 du Guide, pourraient servir de base aux orientations à fournir sur cette question.

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'un des principaux moyens de promouvoir la transparence et la responsabilité financière est d'inclure des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal de la procédure de passation des marchés. Le procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation des marchés; il facilite l'exercice du droit de recours des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Ceci a pour effet de contribuer à assurer que la législation des marchés est, dans toute la mesure possible, autocontrôlée. En outre, l'incorporation dans la législation des marchés de conditions appropriées relatives aux procès-verbaux facilitera la tâche des organes gouvernementaux exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rendra les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent...

[proposition de texte additionnel à insérer dans l'actuel paragraphe 1 pour devenir le paragraphe 1 *bis* de façon à scinder le paragraphe 1 original en deux nouveaux paragraphes[10]

1) *bis*. L'article 11, toutefois, porte sur l'accessibilité et la disponibilité de l'information contenue dans le procès-verbal et ne prévoit aucune disposition sur la forme de ce dernier ni sur les conditions pour le dresser électroniquement (A/CN.9/575, par. 45). Les critères d'accessibilité de l'article [4 *bis* ou 5 *bis*] obligent cependant l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle dresse un procès-verbal, à choisir un moyen de conservation de l'information qui permette à cette dernière de rester accessible, en dépit des progrès techniques, et qui soit non discriminatoire. En outre, les États adoptants souhaiteront peut-être adopter des réglementations garantissant que les systèmes de conservation des procès-verbaux sont parfaitement compatibles (interopérables) et qu'ils permettent de vérifier chaque communication échangée dans le processus de passation, de telle sorte que l'identité de l'émetteur et du destinataire, ainsi que l'heure et la durée de chaque communication puissent être établies (et que le traitement ou le calcul automatique des données puisse être reconstitué) (traçabilité). Les réglementations pourraient également déterminer s'il faut conserver la trace de l'accès au procès-verbal et aux documents contractuels et régler tout problème éventuel de protection des données afin de garantir l'intégrité et la sécurité de celles-ci ainsi que la confidentialité des communications et de l'information, tel que cela est exposé plus en détail dans [renvoi au commentaire de l'article 9 ci-dessus].]

---

[10] Le reste du paragraphe 1 et du commentaire de l'article porte sur la question de la divulgation des informations. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si un nouveau paragraphe 1 *bis* pourrait être inséré, avant la partie sur la divulgation, pour traiter de l'accessibilité et de l'interopérabilité permanentes des systèmes de conservation des procès-verbaux, de la durée de leur conservation éventuellement requise, de la confidentialité, de l'intégrité et de la sécurité des enregistrements électroniques (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 57).

G. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix[11]

1. Remarques générales

19. L'article 30-5 a) et b) de la Loi type prévoit que les offres "sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée" ou "sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation", sous réserve de certaines conditions. L'alinéa b) confère aussi au fournisseur un droit absolu de soumettre une offre par écrit, signée et dans une enveloppe scellée. D'après le Guide pour l'incorporation de 1994, c'est là une "garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI [échange de données informatisées] ne sont pas à la disposition de tous". (Ces dispositions sont incorporées aux articles 46-1 (Appel d'offres en deux étapes) et 47-3 (Appel d'offres restreint) de la Loi type par un renvoi au chapitre III de la Loi et des dispositions allant dans le même sens existent à l'article 48-6 (Sollicitation de propositions). Toutefois, compte tenu de l'accès plus répandu aux technologies nécessaires, le Groupe de travail a décidé de modifier ces dispositions afin de permettre la soumission électronique des offres (A/CN.9/586, par. 32).

20. Si l'on applique le principe de l'équivalence fonctionnelle à la soumission électronique des offres, les offres électroniques doivent se voir reconnaître la même valeur juridique que celles soumises par écrit, signées et dans une enveloppe scellée. L'article 30-5 b) dispose que chaque offre doit être soumise sous une forme "qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité" qu'une offre soumise par écrit, signée et dans une enveloppe scellée. Le Guide pour l'incorporation mentionne des "règles et techniques spéciales" qui pourraient être nécessaires, par exemple, afin "de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l''ouverture' des offres avant la date limite de soumission"[12].

21. Dans un contexte électronique, ces règles et techniques devraient peut-être porter sur les questions suivantes. Premièrement, la sécurité: les offres doivent être protégées contre tout accès non autorisé ou toute intrusion (par exemple, par des pare-feu). Deuxièmement, l'intégrité: le système doit empêcher la lecture ou la modification du contenu des offres soumises avant la date prévue pour leur ouverture (par exemple, en utilisant des techniques de cryptage, en verrouillant les offres, en s'assurant que ces dernières ne pourront être décryptées avant l'heure d'ouverture prévue ou que seules les personnes autorisées pourront fixer ou modifier l'heure d'ouverture, ou peut-être en ayant recours à deux personnes autorisées). Troisièmement, l'authenticité des offres doit être établie. Quatrièmement, la confidentialité de l'information doit être protégée, y compris les droits de propriété intellectuelle. Cinquièmement, l'interopérabilité: les entités adjudicatrices devraient faire en sorte que les systèmes utilisés soient parfaitement

---

[11] Voir, pour plus de détails, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 33, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

[12] Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, observations sur l'article 30, par. 3. Pour le texte du Guide, voir document A/CN.9/403, reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XXV:1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe II.

compatibles avec ceux des fournisseurs ou entrepreneurs éventuels. Enfin, les systèmes doivent être vérifiés régulièrement pour faciliter leur protection contre les intrusions extérieures (comme les virus, les vers et les pirates informatiques).

22. Aux fins du procès-verbal de la procédure de passation requis par l'article 11 de la Loi type, la traçabilité des communications concernées devrait également être vérifiée (voir, pour plus de détails, le texte suivant le paragraphe 18 ci-dessus). Dans les faits, ceci pourrait nécessiter la création d'un enregistrement de tous les accès au système avant l'ouverture des offres et la détection de tout accès non autorisé.

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le Guide pour l'incorporation devrait contenir des projets de réglementation ou un texte explicatif sur ces questions, du type de celui qui figure dans les paragraphes précédents.

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: modifications apportées à l'article 30 pour permettre la soumission des offres sous forme électronique

24. Le texte du paragraphe 5 de l'article 30 de la Loi type de 1994 est repris ci-après (en caractères normaux), suivi du texte additionnel proposé (les passages à supprimer étant barrés et les nouveaux passages proposés étant soulignés):

> Article 30. Soumission des offres
>
> 5. a) ~~Sous réserve de l'alinéa b),~~ Les offres sont soumises par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée; ~~b) Sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs offres sous la forme visée à l'alinéa a)~~, ~~les offres peuvent également être soumises~~ ou sont soumises sous toute ~~autre~~ forme spécifiée dans le dossier de sollicitation, à condition que les moyens de soumission choisis par l'entité adjudicatrice respectent les critères d'accessibilité énoncés à l'article [4 *bis* ou 5 *bis*];
>
> b) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue.

3. Commentaire

25. En supprimant la possibilité donnée précédemment à un fournisseur de soumettre son offre sous enveloppe scellée, les modifications proposées permettraient à l'entité adjudicatrice d'exiger la soumission des offres sous forme électronique. Le Groupe de travail notera peut-être que les modifications proposées ne prévoient pas d'équivalent électronique à une enveloppe scellée (les questions de confidentialité, de sécurité et d'intégrité des données sont examinées plus en détail aux paragraphes 26 et 27 ci-dessous). Le projet d'article oblige l'entité adjudicatrice à tenir compte des critères d'accessibilité discutés plus haut dans la présente note lors du choix de la méthode de soumission des offres, comme pour le choix de la forme des communications dans la passation.

4. Proposition de texte additionnel à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 30 de la Loi type permettant la soumission des offres sous forme électronique

26. Compte tenu de ce qui précède, le paragraphe 3 du texte actuel du Guide pour l'incorporation sur l'article 30 de la Loi type pourrait être modifié dans le sens

suivant, avec un nouveau paragraphe 3 *bis* (les passages à supprimer étant barrés et les nouveaux passages proposés étant soulignés):

Article 30. Soumission des offres

3) ~~La condition énoncée au~~ Le paragraphe 5 a) ~~selon lequel~~ dispose qu'une offre est soumise par écrit, ~~doit s'entendre, sous réserve de l'alinéa b), qui autorise la soumission sous une forme autre que la forme écrite, par exemple l'EDI~~, ainsi que par des moyens électroniques comme [définis à l'article 2] [décrits dans le commentaire de l'article 9], à condition que la forme utilisée atteste la teneur de la communication. Des garanties supplémentaires sont prévues pour protéger l'intégrité de la procédure de passation des marchés ainsi que les intérêts particuliers de l'entité adjudicatrice et des fournisseurs et entrepreneurs: ~~à savoir que l'emploi d'une forme autre que la forme écrite doit être autorisée dans le dossier de sollicitation; que les fournisseurs et entrepreneurs doivent toujours avoir le droit de soumettre des offres par écrit, garantie importante contre la discrimination eu égard au fait que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI ne sont pas à la disposition de tous; et que la forme autre que la forme écrite doit assurer au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité. Il est à noter en outre que la mise en œuvre du paragraphe 5 pour permettre la soumission d'offres sous des formes non classiques~~ à savoir que la forme doit être indiquée dans le dossier de sollicitation; et qu'elle doit offrir un degré d'authenticité, de sécurité et de confidentialité au moins équivalent à la soumission sur support papier traditionnel. Les États adoptants ou les entités adjudicatrices estimeront peut-être que la soumission des offres sous des formes non classiques exigerait l'élaboration de règles et techniques spéciales, afin de préserver la confidentialité des offres et de prévenir l'"ouverture" des offres avant la date limite de soumission; il faudrait également traiter d'autres questions qui peuvent se poser lorsqu'une offre est soumise autrement que par écrit (par exemple, la forme que prendra la garantie de soumission).

3 *bis*. Les États adoptants ou les entités adjudicatrices souhaiteront donc peut-être adopter des réglementations sur l'origine et l'authenticité des communications, documents et offres (et propositions ou prix) reçus des fournisseurs ou entrepreneurs, sur l'intégrité des communications, documents et offres reçus des fournisseurs ou entrepreneurs, sur la date et l'heure de réception des communications, documents et offres, qui empêchent l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes d'accéder aux communications, documents et offres avant la date limite fixée, qui prévoient que tout accès non autorisé ou toute tentative d'accéder aux communications, documents et offres avant la date limite visée au paragraphe 1 ci-dessus soit décelable; qui garantissent la confidentialité permanente des communications, documents et offres reçus d'autres fournisseurs ou entrepreneurs ou relatifs à d'autres fournisseurs ou entrepreneurs; et qui assurent la traçabilité des communications et l'interopérabilité des systèmes.

27. Le Groupe de travail pourrait, comme il a été mentionné précédemment, apporter des précisions ou rédiger des projets de réglementation sur ces questions, par exemple dans le sens du paragraphe 3 *ter* proposé ci-après:

3 *ter*. Les systèmes de réception électronique des offres doivent au moins garantir que:

a) [L'authenticité des] [les] signatures électroniques relatives aux offres [peut être établie] [sont conformes à la législation applicable sur les signatures électroniques, par exemple celle fondée sur la Loi type sur les signatures électroniques];

b) Le système est interopérable avec ceux [généralement][13] utilisés dans [l'État adoptant];

c) La date et l'heure exactes de la réception des offres peuvent être établies;

d) Personne ne peut avoir accès à une offre avant la date et l'heure spécifiées dans le dossier de sollicitation, ou celles spécifiées en cas de report, comme étant la date limite de soumission des offres à laquelle les offres seront ouvertes;

e) En cas de violation de cette interdiction d'accès, la violation est clairement détectable;

f) Seules [deux] personnes autorisées peuvent fixer ou modifier la date et l'heure spécifiées dans le dossier de sollicitation, ou celles spécifiées en cas de report, comme étant la date limite de soumission des offres et à laquelle les offres seront ouvertes;

g) Les personnes autorisées ne peuvent avoir accès à l'offre qu'après la date limite;

h) Les données reçues et ouvertes conformément à ces exigences ne doivent rester accessibles qu'à ces personnes autorisées[14].

H. Ouverture électronique des offres

1. Remarques générales

28. L'article 33-1 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoit que "[l]es offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de soumission des offres, […] au lieu et selon les modalités spécifiées dans le dossier". L'article 33-2 dispose en outre que "[t]ous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres."

29. Le Groupe de travail a noté que, si l'article 33-1 semblait suffisamment large pour englober tout système d'ouverture des offres, l'article 33-2 suggérait la présence physique des fournisseurs et entrepreneurs en un lieu et à une heure donnés (A/CN.9/575, par. 36). Le Groupe de travail a décidé qu'une disposition permettant

---

[13] En ce qui concerne la notion "d'usage général", voir le paragraphe 5 ci-dessus.

[14] Ces règles prennent appui sur celles de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (Journal officiel de l'Union européenne, L 134 du 30 avril 2004, p. 1).

l'ouverture des offres électroniques devait être incluse dans la Loi type. L'ouverture se ferait au moyen d'un système d'information électronique, qui libérerait et ouvrirait automatiquement les offres à la date et à l'heure indiquées dans le dossier de sollicitation, et transmettrait automatiquement les informations généralement rendues publiques à l'ouverture des offres. Une autre solution serait que des personnes autorisées ouvrent les offres en ligne et publient les informations pertinentes.

30. L'ouverture électronique des offres pourrait exiger des mesures de sécurité en plus de celles déjà appliquées pour d'autres procédures dématérialisées. Par exemple, même la libération et l'ouverture automatiques des offres nécessiteront qu'à un certain moment une personne donne une autorisation et donc que des personnes soient affectées à cette tâche. Si les offres doivent être ouvertes par des personnes, celles-ci devront peut-être se voir confier une clef de décryptage. Ces mesures pourraient également consister à n'autoriser qu'une action simultanée d'au moins deux personnes autorisées (par exemple, pour déverrouiller les données), à exiger l'enregistrement de chaque accès au système et des opérations effectuées, et à empêcher que les contrôles antivirus ne compromettent l'intégrité des données. Enfin, le système doit permettre l'ouverture consécutive des deux volets d'une offre soumise dans le cadre d'un appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 46 de la Loi type, sans compromettre la sécurité de la seconde étape. Le Groupe de travail pourrait examiner s'il est préférable d'aborder ces questions techniques détaillées dans le Guide pour l'incorporation ou simplement de faire référence aux mesures générales exposées aux paragraphes 21 et 22 ci-dessus.

2. Proposition de texte additionnel pour la Loi type: modifications apportées à l'article 33 pour traiter de l'ouverture des offres soumises électroniquement

31. Le Groupe de travail a décidé de modifier l'article 33 de la Loi type et d'y insérer le projet de texte suivant (A/CN.9/575, par. 37 à 42):

> Article 33. Ouverture des offres
>
> …
>
> 4. Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique conformément à [insérer les dispositions traitant des communications électroniques des enchères inversées et, le cas échéant, d'autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture par des moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice.
>
> 5. Lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à suivre l'ouverture des offres par des moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice conformément à l'article 33-4, ils sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres conformément aux exigences de l'article 33-2.

3. Proposition de texte additionnel destiné au Guide pour l'incorporation concernant l'ouverture des offres soumises électroniquement

32. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure des orientations sur l'ouverture électronique des offres exposant les solutions adoptées aux questions abordées aux paragraphes 29 et 30 ci-dessus.

C. 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, soumise au Groupe de travail I (Passation des marchés) à sa huitième session

(A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Publication d'informations relatives à la passation des marchés non visées par la Loi type: étude des pratiques nationales, régionales et internationales	4-29
	A. Remarques générales	4-12
	1. Informations dont la publication a toujours été obligatoire	5-8
	2. Informations dont la publication a été rendue possible par les moyens électroniques de communication	9-12
	B. Publication de textes réglementaires supplémentaires non visés par l'article 5 de la Loi type	13-29
	1. Champ d'application de l'article 5 de la Loi type	13-17
	2. Pratiques en vigueur dans les systèmes internationaux	18-19
	3. Pratiques en vigueur dans les régimes internes de passation des marchés	20-28
	4. Conclusion	29

I. Introduction

1. Les travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (dénommée ci-après "la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés" ou "la Loi type")[1] sont décrits dans les paragraphes 5 à 34 du document A/CN.9/WG.I/WP.37.

2. En ce qui concerne la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, le Groupe de travail a notamment examiné, à ses sixième et

[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* (ci-après "l'*Annuaire de la CNUDCI*"), 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).

septième sessions (Vienne, 30 août-3 septembre 2004, et New York, 4-8 avril 2005, respectivement) si d'autres informations intéressant des fournisseurs potentiels, dont la Loi type n'exigeait pas actuellement la publication, pourraient être mentionnées dans une disposition existante ou nouvelle de la Loi ou dans une orientation donnée. Il est convenu d'étudier plus particulièrement l'utilité de la publication i) des dispositions réglementaires sur la passation des marchés non visées par l'actuel article 5 de la Loi type, comme des orientations internes ou des instructions administratives, et ii) des informations sur les possibilités de marchés à venir. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier la pratique suivie dans les régimes internes de passation des marchés et de lui soumettre les résultats pour examen à une session future (A/CN.9/568, par. 28, et A/CN.9/575, par. 24 et 31).

3. En réponse à cette requête, la présente note et son additif (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1) sont soumis au Groupe de travail pour examen à sa huitième session.

II. Publication d'informations relatives à la passation des marchés non visées par la Loi type: étude des pratiques nationales, régionales et internationales

A. Remarques générales

4. La publication de certaines informations non visées par la Loi type est exigée, encouragée, permise ou effectivement assurée dans certains pays étudiés. Le contenu des informations publiées, le caractère obligatoire ou facultatif de la publication et le choix des moyens de publication dépendent largement de chaque pays. Aux fins de la présente étude, une distinction doit être établie entre les informations dont la publication a toujours été obligatoire et les autres informations dont la publication a été rendue possible par les moyens électroniques de communication.

1. Informations dont la publication a toujours été obligatoire

5. La plupart des informations dont la publication a toujours été obligatoire ont été examinées par le Groupe de travail de la CNUDCI chargé d'élaborer la Loi type. Certaines d'entre elles, comme les invitations à soumettre des offres et les avis d'attribution des marchés, ont été incluses dans les dispositions de la Loi type sur la publication alors que d'autres ont finalement été écartées pour diverses raisons, par exemple parce que l'on craignait des problèmes de confidentialité ou des risques de collusion entre fournisseurs ou de manipulation des marchés[2]. Le type d'informations finalement visé dans les dispositions de la Loi type n'a pas nécessairement fait l'objet d'un examen approfondi par le Groupe de travail.

---

[2] Voir par exemple les documents A/CN.9/331, par. 211, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A; A/CN.9/343, par. 153 à 155, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXII:1991 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.2), deuxième partie, II, A; et A/CN.9/359, par. 71, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIII:1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.7), deuxième partie, III, C.

6. Par exemple, le Groupe de travail n'a, à l'époque, pas consacré beaucoup de temps à l'examen de l'article 5 de la Loi type (accès aux textes juridiques relatifs aux marchés), analysé plus en détail dans la section B ci-dessous, ni étudié de manière poussée la question de la publication des avis d'attribution de marché (art. 14 de la Loi type)[3]. En conséquence, il n'a pas examiné les pratiques nationales, régionales et internationales concernant la publication de ce type d'informations[4]. Contrairement à ce que prévoient les législations de certains des pays étudiés, certaines informations dont il avait jugé la publication utile n'ont finalement pas été soumises à publication obligatoire par la Loi type mais ont été traitées dans les dispositions sur les procès-verbaux de la procédure de passation[5]

---

[3] La règle exigeant la publication d'un avis d'attribution de marché n'a été insérée dans la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux de 1993 qu'après son adoption. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 184 à 186. Voir également les documents A/CN.9/376/Add.1 (commentaires du Japon au sujet de l'article 32) et A/CN.9/377 (amendements proposés concernant l'article 32-6), tous deux reproduits dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV:1993 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I. Ces documents, dans les parties concernées, renvoyaient aux dispositions du projet de Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux, prévoyant que l'avis d'attribution du marché ne soit communiqué qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant participé à l'appel d'offres (art. 32-6). Ces dispositions, telles qu'adoptées, étendaient cette communication au public et à d'autres méthodes de passation de marchés. Voir l'article 12 de la Loi type sur la passation des marchés de biens et de travaux de 1993 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17 et Corr.1), annexe I (également publiée dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol.XXIV:1993 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), troisième partie, annexe I). La Loi type est disponible en anglais sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/proc93/proc93.pdf). Cet article n'a pas été modifié lorsque la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services a été adoptée en 1994 (il est devenu l'article 14 de la Loi type).

[4] Par exemple, alors que la publication d'un avis d'attribution de marché est habituellement requise par les règles en vigueur aux niveaux national, régional et international, le contenu de cet avis est très variable. Pour l'état des pratiques actuelles, voir par exemple l'article 35-4 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (Journal officiel de l'Union européenne, L 134 du 30 avril 2004, p. 114, également disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm) (appelée ci-après "la directive européenne sur les marchés publics"), et l'article XVIII (1) de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (appelé ci-après "AMP") (voir l'annexe 4 b) de l'Acte final consacrant les résultats du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales, disponible à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf). Certains pays exigent en outre la publication d'un résumé du marché attribué comme condition préalable de son entrée en vigueur.

[5] La Loi type exige par exemple que l'entité adjudicatrice inclue dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres (art. 18-4) ainsi que toute décision de suspension de la procédure de passation qu'elle a pu prendre et les motifs et les circonstances de l'adoption de cette décision (art. 56-5). Certains pays étudiés exigent la publication d'informations similaires. Par exemple, un avis de recours à une source unique ou à une méthode non compétitive en cas d'urgence doit être publié en vertu du Virginia Public Procurement Act (VPPA), tel que modifié, article 2, § 2.2-4303, par. E et F (disponible à l'adresse http://www.eva.state.va.us/dps/ Manuals/docs/VPPA.pdf). Cet avis doit indiquer, selon le cas, soit qu'une seule source a été jugée effectivement disponible, soit que le

ou dans celles obligeant à divulguer certains types d'informations à toute personne qui en fait la demande[6]. Il a estimé que certaines autres informations dont la publication était exigée dans certains pays ne devaient être divulguées qu'aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés[7].

7. En revanche, la publication de certaines autres informations, concernant par exemple les réclamations déposées auprès d'organes de contrôle au sujet de la procédure de passation des marchés[8], n'a absolument pas été envisagée par le Groupe de travail alors qu'elle était obligatoire dans certains pays étudiés. Enfin, d'autres informations n'ont pas été examinées par le Groupe de travail, probablement parce que celui-ci considérait qu'elles n'entraient pas dans le champ d'application de la Loi type ou qu'elles se rapportaient à des procédures de passation que le Groupe de travail n'examinait pas à l'époque, comme les accords-cadres, ou parce qu'il avait été d'emblée décidé de les exclure de la Loi type, comme les listes de fournisseurs[9].

8. Dans l'ensemble, comme en témoignent les comptes rendus de l'élaboration de la Loi type et certaines dispositions du Guide pour l'incorporation[10], les rédacteurs

---

contrat est accordé en urgence, ainsi l'objet du marché, l'entrepreneur choisi et la date à laquelle le marché a été ou sera attribué. Il doit être publié le jour où l'entité adjudicatrice attribue le marché ou, si cela se produit avant, le jour où elle annonce sa décision d'attribution. En ce qui concerne la suspension de la procédure de passation du marché, la publication d'un avis l'annonçant est exigée par exemple par l'article 6-3 de la loi sur les marchés publics de la République de Lituanie, n° IX-1217, 3 décembre 2002, disponible à l'adresse http://www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

[6] Voir, par exemple, l'article 7-6 de la Loi type sur la communication du nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Pour l'examen de cette question par le Groupe de travail, voir le document A/CN.9/359, par. 71 et 101, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIII:1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.7), deuxième partie, III, C. Certains pays font obligation de publier la liste de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

[7] Voir, par exemple, l'article 12-3 de la Loi type qui prévoit que l'avis de rejet de toutes les offres, etc., est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou propositions, ou des prix. Le même type d'informations doit être publié, par exemple, en vertu de l'article 80 de la loi sur les marchés publics de la République de Serbie (*Official Herald of the Republic of Serbia*, n°s 39/2002, 43/2003 – the other Law, et 55/2004), disponible à l'adresse http://www.oecd.org/dataoecd/34/12/35016323.pdf.

[8] Voir, par exemple, l'article 54-1 de la loi sur les marchés publics de la République d'Arménie du 6 décembre 2004, publiée au journal officiel n° 2004/72 (371), du 28 décembre 2004.

[9] Pour les exigences de publication en rapport avec la tenue à jour de listes de fournisseurs, voir, par exemple, l'article XI-9 de l'AMP. Pour l'examen de la question des listes de fournisseurs dans le projet de Loi type, voir le document A/CN.9/315, par. 44, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A, et le document A/CN.9/331, par. 62, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A.

[10] Voir, par exemple, le commentaire de l'article 14-2 du Guide pour l'incorporation où il est dit notamment qu'"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, même de faible valeur, le paragraphe 3 permet à l'État de fixer une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication n'est pas exigée". Pour le texte du Guide, voir le document A/CN.9/403, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, 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

se souciaient des coûts et du travail que représentait la publication des informations sur la passation des marchés, la préservation de leur intégrité et leur mise à jour. Ces préoccupations étaient alors normales puisque la Loi type était avant tout conçue pour un environnement papier et que “les procédures, dans la Loi type, reflétaient une pratique basée sur une documentation sur support papier”[11]. En conséquence, la Loi type impose la publication des informations minimums nécessaires à la transparence du processus de passation tout en évitant ce qui était considéré à l’époque comme une charge exorbitante pour les États adoptants en général et pour les entités adjudicatrices en particulier.

2. Informations dont la publication a été rendue possible par les moyens électroniques de communication

9. On note une évolution inverse à celle décrite ci-dessus dans les pays où les moyens électroniques de communication sont couramment utilisés pour la publication des informations relatives à la passation des marchés. Les économies d’argent, de temps et de travail qu’une telle utilisation a engendrées ont conduit à mettre à la disposition des fournisseurs le plus d’informations possibles.

10. Les informations supplémentaires relatives à la passation des marchés dont la publication par des moyens électroniques est habituellement exigée, permise ou encouragée, comprennent i) les dossiers de sollicitation, y compris les spécifications et les modifications, dont la publication intégrale sur Internet est recommandée[12]; ii) les informations sur les possibilités de marchés à venir, qui sont analysées plus en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, section I; iii) diverses listes de biens standardisés[13]; iv) divers types de rapports statistiques, notamment sur les résultats des procédures de passation et sur les marchés conclus[14]; v) les

---

sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf).

[11] Voir le document A/CN.9/359, par. 107, reproduit dans l’*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIII:1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.7), deuxième partie, III, C.

[12] Voir, par exemple, la directive européenne sur les marchés publics, annexe VIII.

[13] Voir, par exemple, l’article 51 de la loi sur les marchés publics de la République du Monténégro), publiée au Journal officiel n° 40/2001, également disponible à l’adresse http://www.rszz.cg.yu/procurement.doc.

[14] Voir, par exemple, l’article 35-4-4 et l’article 77-2 de la directive européenne sur les marchés publics imposant la publication de rapports statistiques sur les résultats des procédures d’attribution au lieu d’un avis d’attribution pour certains types de marchés pour lesquels la publication d’un tel avis n’est pas obligatoire. Voir également, pour l’Australie, l’article 6 et l’annexe C du document intitulé “Procurement Guidance on Procurement Publishing Obligations”, janvier 2005, disponible à l’adresse http://www.finance.gov.au/ctc/austender-annual_procurement_p.html (Guide australien pour la publication des marchés publics) et l’article 70 de la loi sur les marchés publics de la République du Monténégro (voir note 13 ci-dessus), prescrivant la publication d’informations sur les marchés publics d’une valeur égale ou supérieure au seuil fixé (en Australie, les informations pertinentes doivent être publiées sur le site Web du gouvernement sur les marchés publics dans les six semaines suivant la conclusion du marché; en République du Monténégro, la Commission des marchés publics est tenue de publier de telles informations au moins une fois par an. Dans ces deux pays, les procès-verbaux doivent donner des précisions sur l’entité adjudicatrice, le marché (les dates de début et de fin, la méthode de passation, la valeur, une description permettant de déterminer la nature et la

informations sur l'état d'avancement des procédures de passation en cours, y compris les avis de suspension; vi) les procédures annulées, vii) les procès-verbaux des procédures de passation; et viii) tout renseignement utile d'ordre général, concernant par exemple le point de contact chargé de répondre aux questions courantes. Dans les faits, on met habituellement à la disposition du public plus d'informations que la loi ne l'exige ou l'autorise. À ces diverses informations supplémentaires, viennent également s'ajouter des outils et des services nouveaux[15].

11. La publication de certaines informations supplémentaires est encouragée, par exemple par la directive de l'Union européenne relative aux marchés publics ("la Directive de l'Union européenne")[16]. Ce texte dispose que si les spécifications et les documents additionnels relatifs à la passation des marchés sont publiés dans leur intégralité sur Internet à compter de la date de publication de l'avis de marché et que cet avis indique l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés, les entités adjudicatrices sont autorisées à réduire les délais de réception des offres[17]. On trouve des dispositions similaires dans les législations nationales de certains pays de l'Union européenne[18].

12. Les nouveaux outils et techniques électroniques de passation des marchés, tels que les catalogues électroniques, les systèmes d'acquisition dynamique ou les enchères électroniques inversées, peuvent nécessiter la publication de certaines informations supplémentaires. Bien que, dans les pays étudiés, les informations habituellement publiées, comme les avis de marché, les avis d'attribution de marché ou les procès-verbaux des procédures de passation, aient dans une large mesure permis de répondre à cette nécessité, il peut être indispensable de mettre des informations supplémentaires à la disposition du public. Des règles particulières en matière de publication sont parfois applicables, par exemple au Brésil en ce qui concerne les procès-verbaux des procédures d'enchères électroniques inversées (voir A/CN.9/WG.1/WP.35/Add.1, par. 37).

---

quantité des biens ou des services achetés ou la durée de validité des offres permanentes) et le fournisseur (par exemple le nom, l'adresse et le numéro d'immatriculation). De même, en Australie, l'article 8.1 de l'Australian Procurement Publishing Guidance, Financial Management Guidance n° 15, janvier 2005, disponible à l'adresse http://www.finance.gov.au/ctc/docs/Procurement_Publishing_Obligations__January_2005.pdf (Guide australien pour la publication des marchés publics) exige que soient publiées des listes des marchés publics d'une valeur égale ou supérieure au seuil fixé qui n'ont pas été pleinement réalisés ou qui n'ont pas été conclus au cours des 12 derniers mois. Voir également l'article 72 de la loi sur les marchés publics de la République du Monténégro exigeant la publication annuelle de rapports d'évaluation des marchés publics.

[15] Par exemple, au Chili, le site Web officiel des marchés publics propose un service qui donne des conseils juridiques sur les règles de passation des marchés. Voir http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html.

[16] Voir ci-dessus, note 4.

[17] Directive européenne sur les marchés publics, article 38-6.

[18] Voir, par exemple, l'article 22-1-3 de la loi sur les marchés publics de la République de Lituanie, n° IX-1217, 3 décembre 2002, disponible à l'adresse http://www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

B. Publication de textes réglementaires supplémentaires non visés par l'article 5 de la Loi type

1. Champ d'application de l'article 5 de la Loi type

13. Le Groupe de travail de la CNUDCI qui a élaboré la Loi type dans les années 1990 est parti de l'idée que la clarté et l'accessibilité des lois et des règlements sur les marchés publics favoriseraient la transparence, la prévisibilité et la fiabilité du processus de passation des marchés[19]. Plusieurs articles, et avant tout l'article 5 (accès du public à la réglementation des marchés), étaient destinés à promouvoir l'accès du public aux règles régissant la passation des marchés publics.

14. Le texte initial de l'article 5 s'inspirait largement de l'article VI-1 de l'Accord du GATT de 1981 relatif aux marchés publics[20], à ceci près que ce dernier texte se référait non seulement aux lois, aux règlements et aux décisions administratives d'application générale, mais également aux décisions judiciaires et aux procédures (y compris les clauses contractuelles types), relatifs aux marchés publics[21]. Le Groupe de travail de la CNUDCI n'a, à l'époque, pas consacré beaucoup de temps à l'étude du texte initial de l'article 5 et ne lui a apporté qu'une seule modification de fond en ajoutant l'obligation de tenir systématiquement à jour les textes visés par l'article[22].

15. Comme l'indique son titre (accès du public à la réglementation des marchés), l'article 5 exige que les textes juridiques régissant la passation des marchés soient mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour. Le commentaire de l'article dans le Guide pour l'incorporation précise que cet article "vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques concernant les marchés en disposant que ces textes doivent être accessibles au public". Les textes juridiques énumérés dans cet article sont la Loi type, les règlements en matière de passation des marchés et toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la Loi type, ainsi que toutes les modifications qui y sont apportées.

16. Les "règlements en matière de passation des marchés" sont définis à l'article 4 comme étant ceux promulgués par un organe autorisé à l'effet d'atteindre les

---

[19] Voir le document A/CN.9/315, par. 20, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A.

[20] Comme expliqué au paragraphe 1 du commentaire original de l'article 5 dans le document A/CN.9/WG.V/WP.25, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, C.

[21] Le texte de l'Accord relatif aux marchés publics du GATT de 1981 est disponible à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/tokyo_gpr_f.pdf.

[22] Pour l'historique de la rédaction de l'article 5 de la Loi type, voir les documents: A/CN.9/331, par. 35, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A; A/CN.9/343, par. 65, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXII:1991 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.2), deuxième partie, II, A; A/CN.9/359, par. 44, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIII:1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.7), deuxième partie, III, C; et A/CN.9/371 par. 39 et 40, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV:1993 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, A.

objectifs et d'assurer l'exécution des dispositions de la Loi type. La nécessité de les mettre à la disposition du public a été soulignée en particulier parce que ces textes peuvent être invoqués pour exclure l'application de la Loi type, conformément au paragraphe 2 c) de l'article premier[23]. Il avait été proposé d'étendre le champ d'application de l'article 4 aux directives, décisions et instructions administratives adoptées non seulement par les organes habilités à promulguer les règlements en matière de passation des marchés, mais aussi par ceux habilités à promulguer de telles directives, décisions et instructions. Le Groupe de travail avait toutefois rejeté cette suggestion, proposant à la place d'inscrire dans le commentaire que, outre la Loi, divers types de directives, décisions et instructions pourraient s'appliquer à des procédures de passation des marchés dans certains cas particuliers[24]. Rien de tout cela n'a été inséré dans le Guide pour l'incorporation et l'article 5, en mentionnant les "décisions et directives administratives d'application générale" à la suite des "règlements en matière de passation des marchés", indique clairement que ces deux catégories de documents sont distinctes.

17. Seul l'article 5 fait référence à des "décisions et directives administratives d'application générale" et le terme n'est pas défini ailleurs. Excepté l'indication dans le commentaire original que cet article ne couvre pas les décisions et directives administratives visant ou intéressant tel ou tel entrepreneur ou fournisseur[25], le Groupe de travail n'a pas donné d'orientations plus détaillées sur la portée de ce terme (en revanche, des références aux "lois" et aux "règlements en matière de passation des marchés" figurent également aux articles 27 t) et 38 s) de la Loi type, qui font obligation à l'entité adjudicatrice de se référer à la Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché dans le dossier de sollicitation et dans les sollicitations de propositions relatives à des services)[26].

2. Pratiques en vigueur dans les systèmes internationaux

18. La plupart des instruments internationaux relatifs à la passation des marchés exigent la publication de "toutes lois, tous règlements, ainsi que toutes décisions judiciaires, décisions administratives d'application générale, et procédures (y compris les clauses contractuelles types), relatifs aux marchés publics". Ce libellé

---

[23] Voir le document A/CN.9/359, par. 20, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIII:1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.7), deuxième partie, III, C.

[24] Voir le document A/CN.9/331, par. 34, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A.

[25] Voir le document A/CN.9/WG.V/WP.25, article 5, par. 3, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, C.

[26] Pour l'historique de la rédaction des dispositions pertinentes de la Loi type, voir les documents A/CN.9/331, par. 93 à 97, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publications des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A; A/CN.9/343, par. 181 à 183, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXII:1991 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.2), deuxième partie, II, A; et A/CN.9/371, par. 110, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV:1993 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, A.

figure à l'article XIX-1 de l'actuel Accord sur les marchés publics (AMP)[27] de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et, sous une forme légèrement modifiée (en particulier par l'ajout d'une référence aux décisions judiciaires ayant valeur de précédent), à l'article 1019-1 de l'ALENA (chap. 10)[28]. Il a été envisagé d'inclure un libellé similaire à l'article 10 du chapitre XVIII (Marchés publics) de l'avant-projet d'accord ZLEA (Zone de libre-échange des Amériques)[29]. Les Principes non contraignants sur les marchés publics de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique mentionnent au paragraphe 5 la transparence des lois, règlements, décisions judiciaires, décisions administratives, orientations (y compris des éventuels traitements discriminatoires ou préférentiels visant par exemple certaines catégories de fournisseurs), procédures et pratiques (y compris le choix de la méthode de passation) relatifs aux marchés publics et, au paragraphe 61, l'élaboration et la publication de lois, règlements, politiques, pratiques et procédures clairs relatifs à la passation des marchés[30].

19. Au cours de la négociation à l'OMC d'un accord sur la transparence des marchés publics, deux approches ont été examinées pour ce qui est de l'étendue des informations relatives aux législations et aux procédures de passation des marchés devant être publiées en application du futur accord: i) une approche formelle, qui prévoirait par exemple la publication intégrale des lois, des arrêtés ministériels, des guides administratifs ou des règles et procédures intérieures; et ii) une approche qui consisterait à déterminer la teneur des informations devant être mises à disposition, sans tenir compte de leur forme juridique. On a fait valoir que la deuxième approche était préférable car c'était la teneur des renseignements qui importait et l'objectif de transparence ne pourrait pas être atteint si les publications contenant les lois et règlements pertinents négligeaient des aspects importants des pratiques et procédures nationales de passation des marchés[31].

3. Pratiques en vigueur dans les régimes internes de passation des marchés

20. La quantité d'informations relatives à la réglementation des marchés publics qui est mise à la disposition du public dépend du système juridique et des traditions de chaque pays et notamment des sources, de la forme et de la nature de ses règles et procédures internes de passation, ainsi que du niveau de transparence de ces procédures. Les États parties aux instruments internationaux pertinents, comme l'AMP ou l'ALENA[32], sont soumis, pour ce qui est des textes réglementaires

---

[27] Voir la note 4 ci-dessus.

[28] Disponible à l'adresse http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID =329#A1019.

[29] Le projet du 21 novembre 2003 est disponible sur le site http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ ChapterXVIII_f.asp.

[30] Disponible à l'adresse http://www.apec.org/content/apec/apec_groups/committees/ committee_on_trade/government_procurement.html.

[31] Voir, par exemple, les rapports présentés au Conseil général de l'OMC par le Groupe de travail sur la transparence des marchés publics (1998 et 1999), annexe, par. 27 dans le rapport de 1998, et par. 29 dans le rapport de 1999. Les deux rapports peuvent être consultés à la rubrique "Rapports annuels" à l'adresse http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gptran_f.htm.

[32] Les États suivants sont actuellement parties à l'AMP: Canada, Communautés européennes (incluant les 25 États membres: Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg,

relatifs à la passation des marchés, à des exigences de transparence qui peuvent être plus étendues que celles qui s'appliquent au niveau interne à la publication d'autres textes réglementaires[33].

21. En ce qui concerne les sources, la forme et la nature des règles et procédures internes de passation des marchés, l'attention du Groupe de travail I (Passation des marchés) est appelée sur le fait que ces questions sont traitées aux paragraphes 7, 30 et 38 du rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.22)[34] présenté en 1989 au Groupe de travail chargé d'élaborer le projet de Loi type. Les conclusions du rapport restent pertinentes et il en a été tenu compte dans les paragraphes qui suivent.

22. Dans les pays où la passation des marchés est régie par des règles juridiques contraignantes, ce qui est le cas de la majorité de ceux examinés dans la présente étude, la plupart de ces règles relèveraient de l'article 5 de la Loi type car elles seraient considérées comme des textes juridiques ou normatifs. En tant que telles, elles sont soumises au principe général, habituellement énoncé dans la constitution et développé par le droit administratif, selon lequel un texte normatif, pour avoir force obligatoire, doit être publié dans le média spécifié. Les lois et règlements relatifs à la passation des marchés paraissent généralement au Journal officiel alors que les décisions et directives administratives peuvent être publiées dans le même média ou dans un média différent. Dans certains pays, seules les décisions administratives de certains organismes sont soumises à publication obligatoire[35].

23. Dans certains pays, la passation des marchés publics est principalement régie par des règles et directives internes concernant le contrôle économique et financier de l'administration publique adoptées en vertu d'un texte législatif, par exemple une loi générale relative à l'administration des finances[36]. La communication de ces

---

Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, République slovaque, Royaume-Uni, Slovénie, Suède), Corée, États-Unis, Hong Kong (Chine), Islande, Israël, Japon, Liechtenstein, Norvège, Pays-Bas pour le compte d'Aruba, Singapour, Suisse. Les pays suivants négocient leur accession: Albanie, Bulgarie, Géorgie, Jordanie, Moldavie, Oman, Panama, République kirghize et Taipei chinois. Ces informations sont disponibles à l'adresse http://www.wto.org /french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm. Les membres de l'ALENA sont le Canada, les États-Unis et le Mexique.

[33] Dans le cadre de l'OMC, la passation des marchés publics est soumise à des obligations de transparence, non seulement en vertu de l'AMP mais également de l'article X.1 du GATT et de l'article III.1 de l'AGCS, ce qui a pour conséquence que le nombre d'États obligés de publier des mesures relatives à la passation des marchés publics n'est pas limité aux États parties à l'AMP.

[34] Reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, B.

[35] Voir, par exemple, à l'appendice IV de l'AMP la liste des médias utilisés par les États parties pour la publication des textes en application du paragraphe 1 de l'article XIX de l'Accord.

[36] En Australie, par exemple, la passation des marchés publics est essentiellement régie par des textes tels que les principes directeurs du Commonwealth (Commonwealth Procurement Guidelines), les circulaires financières (Finance Circulars) et les orientations (Procurement Guidance), ces dernières regroupant aussi bien des documents sur Internet que sur papier élaborés par le Department of Finance and Administration en vue d'aider les organismes et les responsables à mettre en œuvre la politique du Gouvernement en matière de passation des marchés. Voir, l'article 2.7 des Commonwealth Procurement Guidelines de janvier 2005 (ci-après appelés les "CPG"), disponibles à l'adresse http://www.finance.gov.au/ctc/

règles et directives est en règle générale exigée par des lois spécifiques[37]. Celles-ci accordent souvent des pouvoirs d'appréciation importants aux responsables des entités adjudicatrices pour la conduite des procédures de passation. Une telle délégation de pouvoir permet à ces responsables d'édicter des règles en matière de passation pour chaque cas particulier[38]. Même si la publication de ces règles n'est pas expressément exigée[39], il se peut que l'administration publique soit soumise à une obligation générale de transparence. La question de savoir si ces règles sont des textes juridiques au sens de l'article 5 de la Loi type n'a pas été tranchée.

24. Dans certains pays, la passation des marchés peut également être régie par des documents internes tels que des mémorandums, des circulaires, des lettres d'information ministérielles ou des instructions publiées par les ministères ou les entités adjudicatrices. Certains de ces textes sont davantage destinés à l'administration qu'au public, mais ils sont quand même susceptibles d'avoir une

---

commonwealth_procurement_guide.html. Aux États-Unis, la passation des marchés publics au niveau fédéral est régie par un code détaillé des politiques et règles communes de passation des marchés (Federal Acquisition Regulations (FAR)), disponible à l'adresse http://farsite.hill.af.mil/reghtml/regs/far2afmcfars/fardfars/far/01.htm, publié conjointement par la General Services Administration, le Department of Defence et la National Aeronautics and Space Administration. Ce code prescrit différentes procédures, propose aux entités adjudicatrices différentes techniques et contient des clauses contractuelles recommandées ou obligatoires ainsi que des formulaires. Voir également le rapport analytique de la Banque mondiale sur la passation des marchés dans les pays de l'OECO (OECS Country procurement assessment report) tel que révisé en avril 2003 et disponible à l'adresse http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CARICAD/UNPAN010037.pdf.

[37] Voir, par exemple, la loi australienne sur la liberté d'information (Freedom of Information Act) de 1982, disponible à l'adresse http://www.comlaw.gov.au/comlaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/833CC604CCEF2A25CA25702600029E3A/$file/FreedmInfo1982_WD02.pdf. Aux États-Unis, conformément à leur article 1.105-1, les FAR doivent être publiées en tant que chapitre 1 du titre 48 du code des règlements fédéraux (Code of Federal Regulations). Les chapitres suivants sont consacrés aux règlements régissant les achats des organismes fédéraux qui mettent en œuvre ou complètent les FAR. De plus, selon l'article 1.301 b), ces règlements doivent être publiés pour commentaire dans le journal des règlements fédéraux (Federal Register) lorsque leur effet dépasse largement celui de règles internes à l'organisme ou lorsqu'ils ont un impact financier ou administratif significatif sur les fournisseurs ou les soumissionnaires.

[38] En Australie, par exemple, conformément à l'article 3 des CPG, le chef d'un organisme peut publier des instructions, des règles internes et des directives opérationnelles donnant aux responsables d'organismes des orientations opérationnelles détaillées en matière de gestion financière, y compris pour la passation des marchés. Aux États-Unis, les responsables des entités adjudicatrices sont, en vertu des FAR, chargés de fonctions de réglementation importantes: ils peuvent publier ou autoriser la publication des règlements de l'organisme en matière d'achats qui mettent en œuvre ou complètent les FAR et qui constituent, avec les FAR, les politiques, les règles, les clauses contractuelles, les dispositions de sollicitation et les formulaires de l'organisme régissant le processus de passation ou déterminent d'une autre façon la relation entre l'organisme, y compris l'une quelconque de ses subdivisions, et les fournisseurs actuels ou potentiels (art. 1.301 a) 1)); ils peuvent aussi publier ou autoriser la publication de directives internes à l'organisme à n'importe quel niveau hiérarchique (par exemple, en ce qui concerne les nominations ou les délégations de pouvoir, les affectations, l'organisation du travail ou les rapports internes à présenter) (art. 1.301 a) 2)).

[39] Par exemple, l'article 1.301 b) des FAR ne soumet pas les directives internes de l'organisme aux mêmes obligations de publication que les règlements relatifs aux achats (voir ci-dessus, note 37).

influence sur le processus de passation dans son ensemble. Par ailleurs, les autorités nationales ou régionales élaborent souvent des guides et des manuels généraux ou spécialisés sur la passation des marchés, mais de tels documents peuvent aussi être publiés par des entités adjudicatrices ou des organismes responsables des sites Web consacrés aux marchés publics[40]. Bien que l'utilisation de certains guides ou manuels par l'ensemble des entités adjudicatrices puisse être obligatoire[41], la plupart ne sont publiés qu'à titre de référence et d'information. Ces documents n'étant généralement pas considérés comme des "textes juridiques", ils ne sont pas visés par l'article 5 de la Loi type. Ils ne sont pas, en règle générale, soumis dans l'ordre juridique interne aux mêmes règles de publicité que les "textes juridiques". En fait, il est souvent difficile de les retrouver. Certains peuvent faire l'objet d'une publication commerciale mais, dans d'autres pays, les circulaires ministérielles peuvent être publiées dans le même média que les lois et règlements[42]. Certains de ces textes ont été mis sur Internet à la disposition du public, le plus souvent gratuitement, mais parfois l'accès est payant.

25. Dans un autre groupe de pays où il n'existe pas de cadre juridique contraignant pour la passation des marchés[43], les entités adjudicatrices publiques sont libres de passer des marchés avec d'autres parties selon des procédures et à des conditions qu'elles jugent appropriées en se fondant sur des principes généraux tels que l'égalité de traitement des fournisseurs[44] ou la promotion de l'intérêt général et de

---

[40] Voir, par exemple, le manuel pour la passation des marchés relatifs aux technologies de l'information sur le site du Chancelier fédéral autrichien (IT-Beschaffungshandbuch); divers documents de référence sur la passation des marchés publics sur le site Web du Bundeskartellamt allemand, organisme fédéral chargé de contrôler les activités des monopoles, (http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Vergaberecht/MerkblVergabe.shtml); le manuel pour la passation des marchés destiné à aider à remplir les formulaires électroniques publié par le Ministère allemand des transports, de la construction et du logement (http://www.bmvbw.de/Bauwesen/Bauauftragsvergabe-,1535/Vergabehandbuch.htm); et une série de manuels expliquant le processus de passation des marchés, par exemple les manuels sur les projets, les travaux publics et la maintenance, et le guide du fournisseur pour les enchères électroniques inversées, disponibles sur le site Web officiel du Gouvernement brésilien pour les marchés publics (www.comprasnet.gov.br).

[41] Voir, par exemple, aux Philippines, l'article 6 de la loi n° 9184 ayant notamment pour objet la modernisation, la normalisation et la régulation des procédures de passation des marchés (appelée ci-après la "loi pour la réforme des marchés publics"), qui prévoit que le Conseil national des politiques en matière de marchés publics ("Governement Procurement Policy Board") élaborera des manuels types sur la passation des marchés publics que toutes les entités adjudicatrices auront obligation d'utiliser une fois qu'ils auront été publiés. La loi peut être consultée à l'adresse http://www.i-site.ph/Record/gpra.html.

[42] Voir, par exemple, à l'appendice IV de l'AMP la liste des médias utilisés par les États parties pour la publication des textes en application du paragraphe 1 de l'article XIX de l'Accord.

[43] Par exemple, en Nouvelle-Zélande, les responsables des organismes adjudicateurs sont libres de gérer les opérations d'achat de leurs organismes. Ils le font dans le respect des exigences générales de bonne gouvernance et de probité énoncées dans les textes régissant les finances publiques et le secteur public en général ainsi que de grandes orientations soumettant la passation des marchés à des principes généraux tels que le meilleur rapport qualité/prix sur le cycle de vie, une concurrence ouverte et effective, et des chances réelles et équitables pour les fournisseurs nationaux. Voir le rapport soumis par la Nouvelle-Zélande à l'APEC en 2002, disponible à l'adresse http://www.apec.org/apec/documents_reports/government_procurement_experts_group/2002.html.

[44] Voir, par exemple, l'article 298 de la Constitution de l'Inde de 1950, disponible à l'adresse

la bonne gouvernance. Il existe dans certains cas des règles et règlements régissant les procédures de passation qui sont publiés par différents organismes intervenant dans ces procédures. Dans un pays au moins, il a été observé que les ministres ou les responsables de ces organismes pouvaient facilement passer outre ou modifier ces règles, que celles-ci ne créaient pas d'obligations ni de droits reconnus par la loi et qu'il était peu probable que l'on puisse les faire respecter par décision de justice[45]. Ces règles ne sont pas à proprement parler des "textes juridiques" et ne relèvent donc pas de l'article 5 de la Loi type. Leur publication peut être exigée en vertu du principe général de transparence de l'administration ou en application d'une loi particulière[46].

26. Dans les systèmes juridiques où les lois sont en partie élaborées sur une base jurisprudentielle, les précédents établis par les décisions et les opinions judiciaires peuvent jouer un rôle essentiel dans l'élaboration des législations et des pratiques nationales, y compris dans le domaine des marchés publics. Dans d'autres systèmes juridiques, les décisions et les opinions des juridictions supérieures peuvent servir pour l'interprétation et l'application des règles et pratiques législatives. Au niveau national, la publication de ces informations n'est pas nécessairement obligatoire. Les critères de publication des décisions et opinions sont habituellement fixés par les juridictions[47]. Lorsque la publication est exigée, elle doit se faire dans une

---

http://indiacode.nic.in/coiweb/coifiles/p12.htm.

[45] Voir, par exemple, les conclusions de la Banque mondiale dans le rapport analytique de 2003 sur la passation des marchés en Inde, disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?pcont=details&eid=000012009_20040402111746.

[46] En Inde, la loi n'exigeait pas explicitement, encore récemment, la publication des règles internes des organismes publics. Le 11 mai 2005, le Parlement indien (Lok Sabha) a adopté la loi sur le droit à l'information (Right to Information Act), dont l'article 4 fait obligation aux organismes publics de diffuser régulièrement et le plus largement possible sous une forme et d'une manière facilement accessible au public les documents relatifs à l'accomplissement de leur mission, y compris les règles, règlements, instructions, manuels et dossiers qu'ils détiennent ou qui sont sous leur autorité, ou qui sont utilisés par leurs employés dans l'exercice de leurs fonctions. Le texte peut être consulté à l'adresse http://www.freedominfo.org/news/india/20050516/THE_RIGHT_TO_INFORMATION_ACT_2005-Final.pdf.

[47] Par exemple, le manuel des pratiques et des procédures internes des cours d'appel du District of Columbia aux États-Unis (Handbook of Practice and Internal Procedures of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) fixe les critères suivants pour permettre à la Cour de décider de publier ou non une opinion: "1) l'opinion résout d'une manière générale une question essentielle de première impression ou une question soumise pour la première fois à la cour; 2) elle modifie ou clarifie de manière significative une règle de droit précédemment exposée par la Cour; 3) elle appelle l'attention sur une règle de droit existante dont il n'a, dans l'ensemble, pas été tenu compte; 4) elle critique ou remet en question une loi existante; 5) elle résout un conflit de décision au sein du circuit ou créée un conflit avec un autre circuit; 6) elle renverse une décision publiée d'une juridiction de district ou d'un organisme, ou la fonde sur des moyens différents de ceux exprimés dans une opinion publiée de la juridiction; ou 7) elle mérite d'être publiée en raison d'autres facteurs qui lui donnent un caractère d'intérêt général." Voir *USCS Ct App D.C. Cir, Appx § XII (2005)*. On retrouve, par exemple, la plupart de ces critères dans les règles des cours d'appel du cinquième circuit (Rules of the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit) où ils sont précédés d'une déclaration générale selon laquelle "la publication d'opinions qui se contentent de statuer sur une affaire d'après des principes de droit bien établis représente des dépenses publiques inutiles et une charge pour la profession juridique. Cependant, les opinions qui sont susceptibles, d'une manière ou d'une autre, d'intéresser des personnes autres que les parties à l'affaire devraient être publiées." Voir *USCS*

publication officielle expressément désignée, même si dans certains pays aucune publication de ce genre n'existe pour les décisions judiciaires[48]. Certaines décisions et opinions qui ne sont pas publiées officiellement pourraient l'être à titre commercial et être diffusées en ligne. Dans au moins un pays, il existe une règle spécifique en vertu de laquelle les décisions judiciaires prononcées dans des litiges relatifs aux marchés publics doivent être publiées par voie électronique[49].

27. La loi peut obliger de façon explicite l'entité chargée de la publication des textes régissant les marchés publics de les tenir à jour[50]. Dans la plupart des pays étudiés, une telle obligation est implicite étant donné que les modifications apportées aux textes normatifs ne prennent effet qu'avec leur publication.

28. Dans certains pays étudiés, il existe des dispositions sur la publication des décisions ou des conclusions de l'organe administratif chargé de superviser la procédure de passation des marchés publics. Dans certains pays, la législation sur les marchés exige explicitement la publication des décisions finales prises par ces organes au cours des procédures de contestation relatives à la passation des marchés[51]. Dans d'autres, il appartient à l'organe de supervision de décider de publier ses décisions et conclusions[52]. Enfin, il se peut que l'obligation de publier ces informations soit énoncée explicitement ou implicitement dans les règles générales relatives à l'accès du public aux documents et informations au sein de l'administration publique[53].

4. Conclusion

29. Certains textes régissant les marchés publics, en particulier les décisions judiciaires dont la Loi type, contrairement aux accords AMP et ALENA, n'exige pas

---

Ct App 5th Cir, Loc R 47 (2005).

48 Voir, par exemple, à l'appendice IV de l'AMP la liste des médias utilisés par les États parties pour la publication des textes en application du paragraphe 1 de l'article XIX de l'Accord.

49 Article 63 de l'arrêté n° 20 du 24 janvier 2002 relatif aux achats publics par voie électronique, publié au journal officiel roumain, n° 86 du 1er février 2002, disponible à l'adresse http://www.riti-internews.ro/og20.htm.

50 Voir, par exemple, l'article 8-1 b) de la loi australienne sur la liberté d'information de 1982, disponible à l'adresse http://www.comlaw.gov.au/comlaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/833CC604CCEF2A25CA25702600029E3A/$file/FreedmInfo1982_WD02.pdf; et l'article 4 de la loi indienne sur le droit à l'information du 11 mai 2005 disponible à l'adresse http://www.freedominfo.org/news/india/20050516/THE_RIGHT_TO_INFORMATION_ACT_2005-Final.pdf.

51 Voir, par exemple, l'article 108 de la loi tchèque sur les marchés publics, qui dispose que "l'organe de supervision devra publier dans son recueil ses décisions et sur son site Internet ses décisions finales rendues en matière d'attribution de marchés publics au cours de l'année civile écoulée". La loi est disponible à l'adresse suivante http://www.oecd.org/dataoecd/54/21/35013316.pdf.

52 Voir, par exemple, l'article 7-2 de la loi croate de 2003 relative à la Commission d'État pour la supervision des procédures de passation des marchés publics, disposant que "les principales décisions ou conclusions peuvent être publiées sous une forme anonyme dans le journal officiel, si la Commission d'État devait en décider ainsi". La loi est disponible à l'adresse http://www.oecd.org/dataoecd/54/63/35013282.pdf.

53 Voir, par exemple, le paragraphe 7 a de la loi norvégienne sur la passation des marchés, disponible à l'adresse http://odin.dep.no/nhd/norsk/p10002767/p10002770/024081-990048/index-dok000-b-n-a.html.

la publication, ne sont pas visés par l'article 5 de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être rendre la publication de certains de ces textes obligatoire en vertu d'un article 5 révisé, en prenant par exemple pour modèle les dispositions de l'article XIX de l'AMP (voir par. 18 ci-dessus). La publication d'autres textes, tels que les manuels, guides et instructions en matière de passation des marchés, qui n'ont habituellement que valeur de référence, pourrait être autorisée dans la Loi type révisée, et une note dans le Guide pour l'incorporation pourrait expliquer plus en détail l'intérêt de publier ces textes ainsi que tous les autres textes traitant d'aspects importants des pratiques et des procédures internes de passation des marchés. Pour ce qui est de la rédaction, voir les propositions présentées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, section III.

A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir	1-17
A.	Portée de l'étude	1-2
B.	Domaine et objet de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir	3-5
C.	Conditions de publication	6-13
1.	Publication obligatoire ou facultative	6-7
2.	Délai de publication	8
3.	Marchés visés	9
4.	Période couverte	10
5.	Informations publiées	11
6.	Actualisation des informations publiées	12
7.	Forme et modalités de publication	13
D.	Valeur de la publication	14-15
E.	Conclusion	16-17
II.	Autres questions concernant la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés qu'il est suggéré au Groupe de travail d'examiner	18-33
A.	Contenu, présentation et mise à jour systématique de l'information	19-24
B.	Participation d'intermédiaires à la publication électronique	25-26
C.	Publication d'informations relatives à la passation des marchés sur plusieurs sites	27-31
D.	Frais facturés	32-33
III.	Propositions concernant la rédaction	34-42
A.	Article 5	34-39
B.	Article 5 *bis* (publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir)	40-41
C.	Nouvelles dispositions	42

I. Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

A. Portée de l'étude

1. La présente étude porte sur la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, c'est-à-dire de listes de marchés qu'une entité adjudicatrice entend passer sur une certaine période à venir, généralement un exercice budgétaire[1]. Elle ne traite pas des annonces préalables portant sur un marché spécifique ni des résumés d'invitations à soumissionner dont la publication est exigée dans certains des pays étudiés avant l'envoi d'une telle invitation[2]. Elle n'analyse pas non plus les dispositions d'instruments internationaux tels que l'Accord sur les marchés publics (AMP)[3] de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui n'abordent pas expressément la question mais dont certaines dispositions peuvent être interprétées comme faisant implicitement obligation de publier de telles informations[4].

2. À la différence des invitations à soumissionner ou de divers avis concernant un marché spécifique, qui lient l'entité adjudicatrice par laquelle ils sont publiés et qui renseignent les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels au sujet du marché dont il s'agit, les informations sur les possibilités de marchés à venir ne sont ni contraignantes ni spécifiques[5]. Les premiers constituent la base sur laquelle sera conduite la procédure de passation et donnent naissance à des droits et obligations qui s'imposent tant aux entités adjudicatrices qu'aux fournisseurs. Les secondes ne

---

[1] Voir par exemple, pour le Chili, l'article 2-19 du règlement d'application de la loi n° 19.886 du 29 août 2003 (connue sous le nom de "Ley de Compras"), accessible à l'adresse http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html, qui définit le plan annuel d'achat et de passation de marchés comme une liste indicative de biens et/ou de services qu'une entité entend acquérir au cours d'une année civile donnée. Ce règlement est disponible en espagnol à l'adresse https://www.chilecompra.cl/Portal/InicioPortal.aspx.

[2] Au Brésil, par exemple, il existe des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice publie, au moins une fois avant l'invitation à participer à la passation d'un marché donné, un avis comprenant un résumé de la future invitation à soumissionner. Cet avis ne doit indiquer que l'objet et le lieu du marché, la date et l'heure auxquelles les futurs participants pourront consulter et obtenir le texte intégral de l'invitation et toutes autres informations relatives au marché en question. Il doit être publié dans le journal officiel, dans d'autres journaux de grande diffusion, et éventuellement par d'autres moyens, de façon à élargir la concurrence. Voir l'article 21 de la loi fédérale n° 8.666 du 21 juin 1993 tel que modifié. Le texte est disponible en portugais aux adresses https://www.planalto.gov.br/ et http://www.COMPRASNET.gov.br/legislacao/leis/lei8666.pdf.

[3] Annexe 4 b) de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, accessible à l'adresse http://www.wto.org/french/ docs_f/legal_f/gpr-94.pdf.

[4] Voir, par exemple, la référence aux "options concernant des marchés complémentaires" à l'article IX-6 a) de l'AMP.

[5] Cela est mentionné expressément, par exemple, à l'article 10 de la loi bulgare sur les marchés publics du 25 juin 1999, publiée dans le journal officiel n° 56 du 22 juin 1999, également accessible à l'adresse http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/PLURI/GPA/49.doc, ainsi qu'à l'article 15-4 de l'ordonnance gouvernementale roumaine n° 20 du 24 janvier 2002 concernant la passation de marchés publics par des moyens électroniques.

visent qu'à informer et ne fournissent que des données générales disponibles au moment de leur publication sur les possibilités de marchés à venir. Dans la pratique, les informations sur les possibilités de marchés à venir sont souvent accompagnées d'un avertissement comprenant une partie ou la totalité des indications suivantes: i) tous les marchés annoncés sont sujets à modification ou à annulation; ii) les données sont fournies à des fins de planification uniquement; iii) l'avis indicatif ne constitue pas une sollicitation préliminaire, ni une invitation à soumissionner, ni une sollicitation de propositions, et n'engage pas l'entité adjudicatrice à acquérir les biens, travaux ou services décrits; et enfin iv) l'avis ne constitue pas une liste exhaustive.

B. Domaine et objet de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

3. Les possibilités de marchés à venir sont signalées dans les pays où la passation est systématiquement planifiée. Une telle planification existe depuis longtemps dans de nombreux pays mais elle ne fait que commencer dans d'autres. Quant à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, c'est une pratique récente qui a été rendue possible dans certains pays par le recours à des moyens électroniques de communication.

4. Des dispositions qui imposent ou encouragent la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir existent notamment en Australie, au Chili et dans les pays de l'Union européenne[6]. Dans la directive de l'Union européenne sur

---

[6] Voir, pour l'Australie, les articles 7.16 et 7.17 des Directives du Commonwealth relatives aux marchés publics (Commonwealth Procurement Guidelines, ci-après les CPG), janvier 2005, accessibles à l'adresse http://www.finance.gov.au/ctc/commonwealth_ procurement_guide.html, et l'article 12 du Guide australien sur les obligations de publication des marchés publics "Procurement Guidance on Procurement Publishing Obligations" (ci-après le Guide australien pour la publication des marchés publics), janvier 2005, accessible à l'adresse: http://www.finance.gov.au/ctc/austender-annual_procurement_p.html; pour le Chili, l'article 12 de la Ley de Compras; pour l'Union européenne, l'article 35-1 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (Journal officiel de l'Union européenne, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114), également accessible à l'adresse: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm; pour les pays de l'Union européenne, par exemple l'Autriche: par. 38 de la Loi fédérale autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, accessible à l'adresse http://wko.at/rp/vergabe/ gesetzestextbvergg2002.pdf; l'Allemagne, par. 18 a) de l'ordonnance du Ministère de l'économie sur la passation de marchés de biens (Verdingungsordnung für Leistungen (VOL)), du 17 septembre 2002, accessible en allemand à l'adresse http://www.bmwa.bund.de/ Redaktion/Inhalte/Pdf/Homepage_2Fdownload_2Fwirtschaftspolitik_2FVOL.pdf,property=pdf. pdf, par. 9-1de l'ordonnance du Ministère de l'économie sur la passation de marchés de services (Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)), accessible en allemand à l'adresse http://www.bmwa.bund.de/ Redaktion/Inhalte/Pdf/V/verdingungsordnung-fuer-freiberufliche-leistungen,property=pdf.pdf et par. 17-1 (Partie A, sect. 2) de l'ordonnance sur la passation de marchés de travaux (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)) du Ministère des transports, de la construction et du logement, accessible en allemand à l'adresse http://www.bmvbw.de/Anlage/original_13076/VOB-2002-Teile-A-und-B.pdf; et la Lituanie, article 18-2 de la loi n° IX-1217 du 3 décembre 2002 sur les marchés publics, accessible à

les marchés publics (la directive européenne)[7] et dans la législation d'un certain nombre de pays de l'Union européenne étudiés, il est fait référence dans ce contexte à la publication d'un "avis de préinformation"[8]. En Australie et au Chili, on prévoit la publication de plans annuels de passation[9]. Par ailleurs, d'autres termes tels que "carnet de commandes", "avis préliminaires", "avis d'information" ou "avis d'intention" sont aussi employés.

5. Si la planification de la passation vise à imposer des règles de conduite aux entités adjudicatrices, la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir a pour objectif principal d'élargir la concurrence et de réduire les coûts de la procédure en attirant à l'avance l'attention des fournisseurs sur ces possibilités, ce qui leur permet de préparer leurs offres. L'une et l'autre sont vivement encouragées par les banques multilatérales de développement (BMD), notamment à travers leurs initiatives de dématérialisation des marchés publics, parce qu'elles permettent, entre autres, d'éviter le recours à des procédures exceptionnelles ou à des procédures d'urgence et, ainsi, à des méthodes de passation moins compétitives[10].

C. Conditions de publication

1. Publication obligatoire ou facultative

6. La majorité des pays de l'Union européenne exigent la publication d'avis de préinformation si le montant total estimé des marchés concernés est supérieur ou égal à un certain seuil[11]. C'est aussi ce que prévoit la directive européenne, mais

---

l'adresse http://www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

[7] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (Journal officiel de l'Union européenne, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114) (appelé ci-après la "directive européenne sur les marchés publics"), également accessible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm.

[8] Voir, par exemple, l'article 35-1 de la directive européenne sur les marchés publics et l'article 13 de la loi polonaise sur les marchés publics du 29 janvier 2004.

[9] Voir, pour l'Australie, l'article 7-16 des CPG et, pour le Chili, l'article 12 de la Ley de Compras.

[10] Voir, en particulier, le portail sur la dématérialisation des marchés publics lancé par la Banque asiatique de développement, la Banque interaméricaine de développement et la Banque mondiale en novembre 2004 (http://www.mdb-egp.org/data/default.asp), où l'on peut trouver un certain nombre de documents élaborés par les banques multilatérales de développement (BMD) qui sont utilisés par de nombreux pays pour concevoir leurs portails de passation électronique des marchés publics. Une de ses rubriques donne un aperçu de la dématérialisation des marchés publics qui traite de la publication de plans de passation (p. 32).

[11] Voir, par exemple, le paragraphe 38 de la loi fédérale autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, accessible à l'adresse http://wko.at/rp/vergabe/gesetzestextbvergg2002.pdf; le paragraphe 29 de la loi tchèque sur les marchés publics, accessible à l'adresse: http://www.oecd.org/ dataoecd/54/21/35013316.pdf; le paragraphe 9-1 de l'ordonnance du Ministère de l'économie allemand sur la passation de marchés de services (Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)), accessible en allemand à l'adresse http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/ Inhalte/Pdf/V/verdingungsordnung-fuer-freiberufliche-leistungen,property=pdf.pdf; l'article 22-1 de la loi lettonne sur la passation de marchés pour les besoins de l'administration centrale ou locale, du 5 juin 2003, accessible à l'adresse: http://www.oecd.org/dataoecd/ 53/19/35014924.pdf; l'article 18-2 de la loi lituanienne sur les

uniquement lorsque l'entité adjudicatrice a recours à la faculté de réduire les délais de réception des offres[12]. Pour les autres marchés, la publication d'avis de préinformation est facultative[13]. Certains types de marchés sont exclus du champ d'application des dispositions régissant ces avis[14].

7. En Australie, par contre, un seuil pour la publication obligatoire de plans annuels de passation n'est fixé que pour certaines entités privées soumises à la politique générale du Gouvernement australien en matière de marchés publics[15]. S'agissant des entités adjudicatrices publiques, à l'exception de celles qui sont exclues du champ d'application des dispositions pertinentes, la publication de plans annuels de passation des marchés est obligatoire quel que soit le montant total estimé des marchés prévus. Les entités adjudicatrices qui ne prévoient aucun marché important pour l'année à venir publient soit un plan annuel qui ne donne aucun détail sur les possibilités de marchés, soit un avis sur le site Web des marchés publics (AusTender)[16] indiquant qu'ils ne prévoient aucun marché important pour l'année à venir[17]. Toutes les entités sont expressément encouragées à publier, à titre de meilleure pratique, des plans annuels de passation pour tout marché qui gagnerait à être annoncé longtemps à l'avance[18].

2. Délai de publication

8. Il est courant de fixer un délai pour la publication d'avis de préinformation ou de plans annuels de passation, généralement lié au début de l'exercice budgétaire. En Autriche, par exemple, la publication doit avoir lieu au début de chaque exercice fiscal ou budgétaire[19]. En Australie, les entités adjudicatrices doivent publier chaque année leurs plans de passation avant le début de l'exercice budgétaire, c'est-à-dire avant le 1er juillet, mais pas avant le 1er juin, sans préjudice toutefois de

---

marchés publics, n° IX-1217 du 3 décembre 2002, accessible à l'adresse http://www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf; l'article 13 de la loi polonaise sur les marchés publics du 29 janvier 2004, accessible à l'adresse: http://www.oecd.org/dataoecd/52/53/35015461.pdf; et l'article 67 de la loi slovène sur les marchés publics du 5 mai 2000.

12 Article 35-1 de la directive européenne sur les marchés publics.

13 Voir par exemple, l'article 22-2 de la loi lettonne sur la passation de marchés pour les besoins de l'administration centrale ou locale du 5 juin 2003.

14 Voir par exemple l'article 35-1 de la directive européenne sur les marchés publics, selon lequel les procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché sont exclues du champ d'application des dispositions relatives à la publication d'avis de préinformation.

15 Il s'agit d'organismes juridiquement et financièrement indépendants de l'État mais qui néanmoins pourraient être soumis aux CPG. Voir l'article 1-3 des CPG. Leur obligation de publier des plans annuels de passation ne concerne que les marchés visés, autres que les marchés de travaux, d'un montant supérieur à 400 000 dollars australiens, et les marchés de travaux d'un montant supérieur à 6 millions de dollars australiens. Voir l'article 4-1 du Guide australien pour la publication des marchés publics et les articles 3 et 4 du Finance Minister's (CAC Act Procurement) Directions 2004, accessibles à l'adresse http://www.finance.gov.au/ctc/finance_minister_s__cac_act_pr.html.

16 https://www.tenders.gov.au/federal/index.shtml.

17 Article 4-1 du Guide australien pour la publication des marchés publics.

18 Ibid.

19 Voir par. 38-1 de la loi fédérale autrichienne de 2002 sur l'attribution des marchés, accessible à l'adresse: http://wko.at/rp/vergabe/gesetzestextbvergg2002.pdf.

leur obligation de fournir ces plans sur demande[20]. Dans le cadre de la directive européenne, en ce qui concerne les fournitures et les services, les avis sont publiés le plus rapidement possible après le début de l'exercice budgétaire, à la différence des travaux, pour lesquels ils sont publiés le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux ou les accords-cadres que les pouvoirs adjudicateurs entendent passer[21]. En Roumanie, l'avis d'intention de passer un marché doit être publié au plus tard 30 jours à compter de la date d'approbation du budget de l'entité adjudicatrice[22]. Enfin, dans certains pays, aucun délai n'est spécifié pour la publication des avis de préinformation, mais il est seulement indiqué qu'ils doivent être publiés une fois par an[23].

3. Marchés visés

9. Une certaine souplesse est laissée aux entités adjudicatrices pour décider des marchés à inclure dans les avis de préinformation et les plans annuels de passation. Le Guide australien pour la publication des marchés publics attire leur attention sur les objectifs des plans annuels, à savoir faciliter la planification de la passation, élargir la concurrence et réduire les coûts de la procédure de passation, et il énumère une série de facteurs dont elles pourraient tenir compte pour le choix des marchés à annoncer dans ces plans. Bien qu'aucun seuil ne soit spécifié quant au montant, l'accent est mis sur l'importance d'attirer précocement l'attention des fournisseurs sur les projets d'envergure. Parmi les facteurs ayant une incidence sur la décision de publier, on a également cité: i) l'expiration d'arrangements contractuels existants au cours de l'exercice budgétaire à venir; ii) la probabilité d'une passation effective du marché; iii) la méthode de passation; et iv) la valeur supplémentaire apportée à la relation de l'entité avec l'industrie, les fournisseurs et les entrepreneurs[24].

4. Période couverte

10. Dans la majorité des pays, les avis de préinformation et les plans annuels de passation doivent couvrir une période précise, généralement une année civile ou un exercice budgétaire[25]. En Australie, le plan annuel de passation doit couvrir les marchés que l'entité entend passer au cours de l'exercice budgétaire à venir, mais il peut également donner un aperçu des marchés au-delà des 12 mois obligatoires. Le Guide australien pour la publication des marchés publics indique expressément qu'en pareil cas la publication annuelle des plans de passation demeure obligatoire. Il ressort implicitement des règles en vigueur dans certains pays que les avis de

---

[20] Article 4-1 du Guide australien pour la publication des marchés publics.

[21] Des dispositions similaires figurent, par exemple, à l'article 18-4 de la loi lituanienne sur les marchés publics.

[22] Article 15-2 de l'ordonnance n° 20 du 24 janvier 2002 relative à la passation de marchés publics par des moyens électroniques.

[23] Voir, par exemple, l'article 71 de la loi serbe sur les marchés publics (accessible à l'adresse http://www.oecd.org/dataoecd/34/12/35016323.pdf) et l'article 67-1 de la loi slovène sur les marchés publics du 5 mai 2000.

[24] Article 4-2 du Guide australien pour la publication des marchés publics.

[25] Voir, par exemple, l'article 2-19 du règlement d'application de la Ley de Compras (voir note 1 ci-dessus).

préinformation peuvent couvrir une période plus courte[26]. Dans la pratique, la période couverte par les avis publiés sur les sites Web d'entités adjudicatrices peut s'étendre au-delà d'une année.

5. Informations publiées

11. À l'exclusion de quelques champs obligatoires, une certaine souplesse est laissée aux entités adjudicatrices pour décider des informations à inclure et de leur degré de détail, afin de satisfaire aux exigences de transparence et de divulgation et d'encourager la concurrence tout en préservant l'intégrité de l'information[27]. Les informations qu'il est généralement demandé de fournir dans les avis publiés sont les suivantes: i) l'objet de tout marché prévu ainsi que ses caractéristiques essentielles, telles que la nature, la quantité ou la valeur et le lieu d'exécution du marché; ii) la date estimative de publication de l'invitation à soumissionner; et iii) des indications pour obtenir des informations complémentaires[28]. Dans la directive européenne, il est demandé en outre d'indiquer s'il s'agit d'un accord-cadre[29]. Au Chili, les entités sont tenues d'indiquer la méthode de passation prévue[30]. En Australie, un plan annuel de passation des marchés doit aussi comprendre des perspectives stratégiques pour l'exercice budgétaire à venir, exposant les grandes lignes de toute initiative importante ou stratégique qui selon l'entité aboutira à un marché[31].

6. Actualisation des informations publiées

12. Des dispositions régissant l'actualisation des informations publiées sur les possibilités de marchés à venir existent en Australie, où les entités adjudicatrices sont expressément encouragées à actualiser les plans annuels en y insérant les données relatives aux nouvelles possibilités de marchés et en corrigeant ou en supprimant toute information inexacte, de sorte que les fournisseurs potentiels disposent de données à jour[32]. Dans d'autres pays étudiés, bien qu'aucune disposition expresse traitant de cette question n'ait été relevée, l'actualisation des informations pourrait être nécessaire pour atteindre les objectifs visés par la publication des avis de préinformation et des plans annuels de passation de marchés

---

[26] Par exemple, en vertu de l'article 71 de la loi serbe sur les marchés publics et l'article 67-1 de la loi slovène sur les marchés publics du 5 mai 2000, les avis de préinformation doivent être publiés au moins une fois par an.

[27] Voir, par exemple, pour l'Australie, l'article 7-17 des CPG et l'article 4-2 du Guide australien pour la publication des marchés publics.

[28] Voir, par exemple, l'annexe I de la Directive 2001/78/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 septembre 2001 sur l'utilisation des formulaires standard pour la publication des avis de marchés publics (Journal officiel de l'Union européenne, n° L 285 du 29 octobre 2001, p. 1) (appelée ci-après "directive européenne sur les avis de marchés publics"), accessible à l'adresse http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_285/l_28520011029fr00010162.pdf; et l'article 22-3 de la loi lettonne sur la passation de marchés pour les besoins de l'administration centrale ou locale du 5 juin 2003.

[29] Directive européenne sur les marchés publics, annexe VII A, sous la rubrique "avis de préinformation".

[30] Voir l'article 98 de la Ley de Compras (voir note 1 ci-dessus).

[31] Voir l'article 4-2 du Guide australien pour la publication des marchés publics.

[32] Ibid., article 4-4.

ainsi que pour mettre à profit les avantages de cette publication (voir les paragraphes 14 et 15 ci-dessous). Dans certains pays, l'obligation d'actualiser les informations sur les possibilités de marchés à venir et de veiller à leur exactitude peut être déduite du fait que l'avis de préinformation est un élément constitutif du dossier de sollicitation et que ce dernier doit y faire référence, puisqu'il doit indiquer où l'avis a été publié[33].

7. Forme et modalités de publication

13. La directive européenne prescrit l'utilisation de formulaires standard pour les avis de préinformation[34]. Un formulaire figure également en annexe au Guide australien pour la publication des marchés publics à titre purement indicatif. Dans tous les pays étudiés, les avis de préinformation et les plans annuels de passation de marchés doivent être publiés par voie électronique dans les mêmes médias que les autres informations relatives à la passation des marchés.

D. Valeur de la publication

14. Il existe souvent des dispositions autorisant les entités adjudicatrices à réduire le délai de soumission des offres si les avis de préinformation ou les plans annuels de passation de marchés qu'elles publient satisfont aux exigences pour ce qui est de leur contenu minimum et de leur délai de publication[35]. Pour satisfaire aux exigences concernant le contenu minimum, en Australie, le plan annuel de passation de marchés doit comprendre une description du marché, la date estimative de l'invitation à soumissionner et la marche à suivre pour obtenir la documentation. En vertu de la directive européenne, les avis de préinformation doivent comporter toutes les informations requises pour l'avis de marché, pour autant que ces informations soient disponibles au moment de la publication de l'avis. Pour satisfaire aux exigences concernant le délai de publication, en Australie, les plans annuels de passation de marchés, y compris toute modification, doivent être publiés entre 30 jours et 12 mois avant l'invitation à soumissionner. La directive

---

[33] Voir, par exemple, les articles 20-2-21 et 20-3 de la loi lituanienne sur les marchés publics, n° IX-1217 du 3 décembre 2002, accessible à l'adresse http://www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

[34] Voir la directive européenne sur les marchés publics, Annexe VIII, 1 a). Un formulaire standard figure en annexe à la directive européenne sur les avis de marchés publics, voir la note 28 ci-dessus.

[35] En Australie, le délai peut être ramené à un minimum de 10 jours au lieu du délai minimum standard de 25 jours, sous réserve que les fournisseurs potentiels disposent encore d'un délai raisonnable pour préparer leurs offres (voir l'article 4-3 du Guide australien pour la publication des marchés publics. En vertu de l'article 38-4 de la directive européenne sur les marchés publics, le délai peut être ramené à 36 jours et à un minimum de 22 jours au lieu du délai minimum habituel de 52 jours pour les procédures ouvertes et de 37 ou de 40 jours pour les autres procédures. Voir aussi l'article 25-9 de la loi lettonne sur la passation de marchés pour les besoins de l'administration centrale ou locale, du 5 juin 2003, les articles 38, 39 et 48 de la loi lituanienne sur les marchés publics, et les articles 60-3 et 63 de la loi slovène sur les marchés publics du 5 mai 2000.

européenne, pour sa part, indique que les avis de préinformation doivent être publiés entre 52 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'avis de marché[36].

15. Dans certains pays, le droit des marchés ne fait pas obligation aux entités adjudicatrices de publier à nouveau les informations fournies dans l'avis de préinformation, à moins que les fournisseurs ne le demandent[37].

E. Conclusion

16. La Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés" ou "Loi type"[38]) ne traite pas de la publication des possibilités de marchés à venir ni de la planification de la passation en général. Ces sujets n'ont pas été discutés lors de son élaboration. Comme l'indique le Guide pour l'incorporation, la Loi type énonce les procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché et ne vise pas les autres phases de la passation des marchés[39]. On pourrait considérer que la publication des possibilités de marchés à venir constitue une étape de la procédure de passation qui est antérieure à celles visées par la Loi type et que, par conséquent, elle n'entre pas dans son champ d'application actuel.

17. Si le Groupe de travail décide que la Loi type devrait promouvoir la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir, il devra examiner: i) la question de savoir si Loi type devrait conférer un caractère obligatoire ou facultatif à la publication de ces informations; ii) la question de savoir si un seuil devrait être fixé pour la publication de ces informations; iii) d'autres conditions telles que le contenu des informations publiées, la période couverte et le délai de publication; et iv) toutes autres conditions spéciales auxquelles serait soumise la publication de ces informations. Pour les projets de textes, voir la section III ci-dessous.

---

[36] Voir l'article 4-3 du Guide australien pour la publication des marchés publics et l'article 38-4 de la directive européenne sur les marchés publics.

[37] Voir l'article 20-3 de la loi lituanienne sur les marchés publics, n° IX-1217 du 3 décembre 2002, accessible à l'adresse http://www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

[38] 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* (appelé ci-après l'*Annuaire de la CNUDCI*), 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 /french/texts/procurem/ml-proc-f.pdf).

[39] Guide pour l'incorporation, Partie I, paragraphe 10.

II. Autres questions concernant la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés qu'il est suggéré au Groupe de travail d'examiner

18. Dans les pays étudiés, il est fréquent que les dispositions législatives régissant la publication des informations relatives à la passation des marchés ne traitent pas de façon adéquate la publication de ces informations par des moyens électroniques. La publication électronique est certes susceptible d'apporter des avantages aux fournisseurs ou entrepreneurs intéressés et au public en général, par exemple en permettant à une plus large audience d'obtenir plus facilement plus d'informations sur la passation des marchés, mais elle a rendu possibles des pratiques qui soulèvent un certain nombre de préoccupations inconnues dans le contexte des documents papier et qui peuvent nécessiter une réglementation spécifique. Certaines de ces pratiques sont décrites plus loin dans les sections A à C. La section D a pour objet d'attirer l'attention du Groupe de travail sur la question des frais facturés pour l'accès aux informations publiées en ligne, dont le Groupe de travail a repoussé l'examen à une session ultérieure.

A. Contenu, présentation et mise à jour systématique de l'information

19. Comme il est indiqué aux paragraphes 9 et 10 du document A/CN.9/WG.I/WP.39, dans les faits, on met à la disposition du public plus d'informations que la loi ne l'exige en ayant recours à des moyens de communication électroniques, généralement Internet. La publication de certaines de ces informations peut être autorisée par la loi tandis que, pour d'autres, elle relève du pouvoir discrétionnaire de divers organismes publics, dont les entités adjudicatrices et celles responsables de la maintenance des systèmes électroniques de passation des marchés publics. Alors que la teneur et les modalités de publication des informations exigées par la loi sont généralement déterminées par des règles, ce n'est pas nécessairement le cas pour celles dont la publication est rendue possible ou encouragée, ou qui sont publiées dans la pratique.

20. Si l'on ne donne pas certaines orientations concernant la portée et le mode de publication des informations relatives à la passation des marchés, l'abondance des informations ainsi publiées risque de rendre difficile la recherche des données nécessaires ou utiles. La tenue à jour systématique de ces informations et, par conséquent, leur exactitude, leur cohérence et leur utilité peuvent également être compromises. Par conséquent, bien qu'une quantité plus importante d'informations relatives à la passation puisse être disponible dans la pratique, l'accès du public aux données réellement utiles et importantes peut s'en trouver considérablement entravé. La teneur des informations communiquées peut également soulever d'autres préoccupations, notamment en ce qui concerne les intérêts commerciaux légitimes des parties, l'application des lois et le libre jeu de la concurrence.

21. On pourrait peut-être répondre à ces préoccupations en faisant en sorte que la règle existant dans certains pays étudiés qui exige que les informations relatives à la passation des marchés soient publiées de façon centralisée, systématique et uniforme, s'applique à toutes les informations de ce genre. Toutefois, dans la plupart

des pays étudiés, cette règle ne s'applique qu'aux informations dont la publication est une obligation légale (voir les sections B et C plus loin).

22. Le Groupe de travail, lorsqu'il rédigera les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la publication des informations relatives à la passation des marchés, souhaitera peut-être envisager d'élaborer des règles générales concernant la teneur et le mode de publication de ces informations. On pourrait en particulier indiquer qu'aucune information ne doit être divulguée si cette divulgation est contraire à la loi, en compromet l'application, n'est pas dans l'intérêt général, porte atteinte à des intérêts commerciaux légitimes des parties ou entrave le libre jeu de la concurrence (on trouvera, par exemple, un libellé similaire à l'article 55-3 de la Loi type). En outre, on pourrait souligner les avantages d'une présentation systématique et uniforme des informations, en particulier pour en faciliter l'accès, la recherche et la mise à jour systématique.

23. Les informations publiées en ligne étant de plus en plus abondantes, il est évident qu'il faut les mettre systématiquement à jour afin d'en garantir l'exactitude, l'utilité et la cohérence. En vertu de la Loi type, l'obligation de mise à jour systématique ne concerne que les textes juridiques publiés conformément à l'article 5. Cette obligation a été incluse dans cet article sans avoir fait l'objet d'un examen approfondi lors de l'adoption du projet de Loi type en 1993. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de l'étendre à toutes les informations publiées, par exemple en révisant le texte de l'article 5 (voir la section III plus loin) et en indiquant dans le Guide pour l'incorporation que la mise à jour systématique des documents est beaucoup plus rapide et beaucoup moins coûteuse lorsque ceux-ci sont dématérialisés. Une autre possibilité serait de limiter cette obligation aux informations dont la publication est obligatoire en application de la Loi type.

24. L'obligation de mettre à jour systématiquement les informations publiées est étroitement liée à la question de la responsabilité encourue par les entités adjudicatrices si elles ne fournissent pas des informations exactes et à jour aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels. Cette question a été examinée lors de l'élaboration de la Loi type à propos de l'inclusion, dans le dossier de sollicitation, de références aux lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché (voir l'article 27 t) de la Loi type)[40]. Comme il ressort de cet article, la conclusion à laquelle on est alors parvenu est que l'omission de toute référence de cet ordre ne devrait pas constituer un motif de recours ni engager la responsabilité de l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de la responsabilité encourue pour les informations inexactes ou périmées dans le contexte de l'article 5 révisé ou d'attendre pour ce faire l'examen de la question des recours relatifs aux procédures de passation.

---

[40] Pour une analyse de cette question, voir les documents: A/CN.9/315, par. 46 et 47, reproduits dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A; A/CN.9/331, par. 93 à 97, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A; et A/CN.9/343, par. 181 à 183, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXII:1991(publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.2), deuxième partie, II, A.

B. Participation d'intermédiaires à la publication électronique

25. Les entités adjudicatrices peuvent être autorisées à publier directement les informations sans recourir à des intermédiaires ou à les envoyer à un annonceur désigné. La première méthode est employée en Australie[41] et la seconde l'est par exemple dans l'Union européenne[42]. Cette dernière méthode, tout en garantissant l'uniformité et la cohérence des informations publiées, peut entraîner des retards et des erreurs. Dans le cadre de leurs initiatives relatives à la dématérialisation des marchés publics (e-GP)[43], les BMD recommandent que les entités adjudicatrices publient elles-mêmes leurs informations sans faire appel à un intermédiaire dès le début de la procédure sur un site Web unique, en respectant les règles de ce site[44].

26. Le Groupe de travail souhaitera peut-être donner des précisions sur les avantages et les inconvénients de ces options dans le Guide pour l'incorporation.

C. Publication d'informations relatives à la passation des marchés sur plusieurs sites

27. Les informations relatives à la passation des marchés sont souvent publiées sur le site Web central réservé aux marchés publics ainsi que sur les sites Web des entités adjudicatrices. Même lorsqu'il existe un système centralisé pour la publication de ces informations, les entités adjudicatrices peuvent toujours être autorisées à les publier dans d'autres médias[45].

28. Publier les informations relatives à la passation des marchés sur plusieurs sites Web peut nuire à la fiabilité et à l'intégrité de ces informations ainsi qu'au processus de passation dans son ensemble. En particulier, cela peut se solder par une atomisation de l'information et faire douter de l'authenticité et du caractère officiel

---

[41] Voir AusTender User Guide, décembre 2004, disponible à l'adresse http://www.contracts.gov.au/docs/GaPSUserGuide_20040401.pdf.

[42] L'Union européenne exploite pour le compte de tous ses États membres un système centralisé de publication et de traduction qui doit être utilisé pour tous les marchés réglementés faisant l'objet d'avis publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne, disponible uniquement sous forme électronique (Internet et CD-ROM). Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent publier des avis supplémentaires dans d'autres publications et elles le font généralement (souvent sous format papier et dans d'autres médias électroniques).

[43] Voir en particulier Electronic Government Procurement Roadmap, p. 32 à 40, accessible depuis le portail des BMD sur la dématérialisation des marchés publics (http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.).

[44] Ibid., p. 32.

[45] Voir par exemple les articles 3-A et 3-B de la loi brésilienne n° 8.666 du 21 juin 1993 et l'article 19.2 de la loi lituanienne sur les marchés publics. L'article 3-A de la loi brésilienne dispose par exemple que tous les organes de l'administration publique, les entités autonomes et les fondations publiques doivent publier en temps voulu sur leur propre site Internet ou par l'intermédiaire des sites spécialisés de l'administration fédérale, d'État ou municipale, des données et des informations concernant les procédures de passation en cours et leurs résultats. L'article 3-B dispose en outre que les gouvernements d'État doivent créer des sites Internet spécialisés aux fins de la publication, au titre d'accords permanents, d'informations sur les marchés passés par les municipalités de moins de 100 000 habitants qui ne possèdent pas les ressources techniques ou financières nécessaires pour se conformer à l'article 3-A.

de celle-ci. En outre, on peut ainsi avantager involontairement les fournisseurs potentiels qui ont accès au site Web “correct”, étant donné que la même information n’est pas mise instantanément sur Internet à la disposition de tous les fournisseurs intéressés.

29. Dans certains pays, la législation tient compte de ces préoccupations. La plupart d’entre eux interdisent la publication de diverses informations relatives à la passation des marchés dans différents médias avant leur publication dans un média central expressément désigné[46]. Certains exigent expressément que les mêmes avis publiés dans différents médias contiennent les mêmes informations[47].

30. Les BMD prennent elles aussi ces préoccupations en considération et recommandent que les informations soient publiées sur un site Web unique, conformément aux règles régissant le fonctionnement de ce site. Leurs principes directeurs pour la dématérialisation des marchés publics indiquent que le recours à un site Web unique signifie que toutes les informations relatives au marché doivent disparaître des sites Web des entités adjudicatrices. Il n’y a aucune raison que les fournisseurs soient obligés de visiter différents sites, électroniques ou non, afin de connaître les possibilités de marchés publics, ou de mettre en place un mécanisme assurant l’interopérabilité pour pallier l’absence de normes de base. Les informations relatives à la passation peuvent disparaître des différents sites de façon progressive à mesure que le site Web unique se met en place, et celui-ci doit conserver la primauté et contenir les informations originales juridiquement contraignantes ainsi que définir les normes et les règles générales[48].

31. Le Groupe de travail jugera peut-être utile d’examiner ces questions lors de l’examen des “normes d’accessibilité” dans le cadre du projet d’article 4 *bis* (voir A/CN.9/WG.I/WP.38 et additif), ou de l’article 5 révisé (voir la section III plus loin). Une autre possibilité serait de décider qu’il suffit de traiter ces questions dans les dispositions du Guide. Sous réserve de la décision que le Groupe de travail pourra prendre à ce sujet, le Guide pourrait analyser plus en détail l’opportunité d’avoir un média centralisé unique où toutes les informations juridiquement contraignantes, authentiques et officielles relatives à la passation des marchés seraient régulièrement et rapidement mises à la disposition du public et mises à jour de façon systématique, ainsi que l’opportunité de supprimer les sites Web des diverses entités adjudicatrices. Une autre solution envisageable serait de donner des orientations spécifiques concernant la publication des informations relatives à la passation sur plusieurs sites Web, en soulignant en particulier la nécessité i) d’établir une hiérarchie claire entre les sites Web existants et de la faire connaître sur tous les sites Web où ces informations sont publiées par les entités adjudicatrices ou d’autres autorités; ii) d’inclure obligatoirement un avertissement indiquant la nature officieuse des informations publiées sur les sites Web autres que le site central désigné; iii) de prévoir un lien obligatoire vers le site Web central; et iv) de déterminer le moment où les informations peuvent être publiées sur divers sites Web

---

[46] Voir par exemple l’article 23-1 de la loi croate sur les marchés publics du 14 décembre 2001, disponible à l’adresse http://www.oecd.org/dataoecd/54/62/35013293.pdf.

[47] Voir par exemple les articles 35 et 36 de la directive de l’Union européenne sur les marchés publics et l’article 19.5 de la loi lituanienne sur les marchés publics.

[48] Voir Electronic Government Procurement Roadmap, accessible depuis le portail des BMD sur la dématérialisation des marchés publics (http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.), p. 32.

(par exemple, aucune information ne pourrait être publiée sur d'autres sites Web avant qu'elle ne le soit sur le site Web central).

D. Frais facturés

32. L'information diffusée par des moyens électroniques est généralement mise gratuitement à la disposition du public. Néanmoins, dans certains cas, des frais d'abonnement ou d'autres droits d'accès peuvent être facturés, ce qui peut entraver l'accès à l'information[49].

33. La Loi type n'envisage la possibilité de facturer des frais que pour la fourniture des documents de présélection et de sollicitation (articles 7, 26 et 37) et dispose que le prix que l'entité adjudicatrice peut demander en pareil cas ne doit refléter que le coût de l'impression et de la distribution de ces documents aux fournisseurs ou entrepreneurs, le terme "distribution" n'étant toutefois pas défini. La question de la facturation de frais pour les informations généralement mises à la disposition du public a été soumise au Groupe de travail à sa septième session (voir A/CN.9/WG.I/WP.34 et additifs). Le Groupe de travail a différé l'examen de cette question. Il voudra peut-être se demander s'il conviendrait d'analyser dans le Guide pour l'incorporation les incidences négatives que la facturation de frais pourrait avoir sur l'accès aux informations générales relatives à la passation des marchés.

III. Propositions concernant la rédaction

A. Article 5

34. À sa septième session, le Groupe de travail est convenu que les principes généraux régissant la publication des informations relatives à la passation des marchés en vertu de la Loi type devraient être regroupés dans un article 5 révisé de la Loi type qui, contrairement à l'article 5 actuel, ne s'appliquerait pas uniquement à la publication des textes juridiques mais aussi à la publication d'informations actuellement visées dans d'autres articles de la Loi type, à savoir les invitations à participer à une procédure de passation particulière (articles 24, 37, 46, 47 et 48), les avis d'attribution de marchés (article 14) ainsi que d'autres informations dont la publication pourrait être envisagée dans la Loi type révisée. Il a été convenu en outre que l'article 5 révisé serait fondé sur les principes généraux selon lesquels une entité adjudicatrice aurait le droit de choisir n'importe quel moyen ou combinaison de moyens de publication, sans être tenue de justifier son choix, à condition que les moyens retenus soient conformes à certaines "normes d'accessibilité", à savoir qu'ils ne devraient pas restreindre indûment l'accès à la procédure de passation du marché et ne pas faire de discrimination entre les fournisseurs (A/CN.9/575, par. 25 et 26). Ces principes généraux ainsi que les "normes d'accessibilité" sont traités dans le projet d'article 4 *bis* présenté dans une note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.38 et additif).

---

[49] Par exemple en Afrique du Sud (http://origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html).

35. À sa septième session, le Groupe de travail est également convenu d'examiner, lorsqu'il poursuivra ses débats sur le projet d'article 5 à une session ultérieure, le texte suivant:

"Article 5. Accès du public aux informations relatives à la passation des marchés

1. Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, de même que tous autres documents et informations dont la publication est exigée [ou qui sont publiés conformément à la présente Loi] sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

[2. Toute autre information, relative aux possibilités de marchés à venir ou aux règles ou instructions internes, qu'un État adoptant ou une entité adjudicatrice choisit de publier, est promptement mise à la disposition du public [et systématiquement tenue à jour].]"

36. Le libellé entre crochets au paragraphe 1 du projet d'article révisé vise par exemple les informations dont la publication n'est pas requise par la Loi type mais qui doivent néanmoins être mises à la disposition du public pour examen et sont publiées pour satisfaire à cette exigence (voir l'article 55-3 de la Loi type concernant les décisions résultant d'une procédure de recours). Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de mentionner expressément dans ce paragraphe les décisions de justice et les politiques, procédures et pratiques concernant la passation des marchés et d'étoffer le commentaire dans le Guide pour l'incorporation en s'inspirant du libellé du paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[50] où il est précisé que le terme "loi" doit être interprété comme renvoyant non seulement aux dispositions législatives ou réglementaires mais également aux règles découlant de la jurisprudence et autres règles processuelles, y compris les règles de *common law*.

37. Le paragraphe 2 du projet d'article révisé n'a pas été examiné par le Groupe de travail. Il vise les autres informations que les autorités publiques, y compris les entités adjudicatrices, sont libres de mettre à la disposition du public. On pourrait dans le Guide expliquer l'utilité de publier tous les textes réglementaires relatifs à la passation des marchés en précisant que si le fait d'imposer une telle publication peut constituer une charge trop lourde lorsque seuls des médias papier sont disponibles, cela n'est peut-être pas le cas lorsque des moyens électroniques sont utilisés. On compte que les avantages de l'utilisation de moyens électroniques de communication dans la passation des marchés, y compris pour la publication et la mise à jour systématique de l'information pertinente, seront examinés dans le Guide

---

[50] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII:1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et le Guide pour son incorporation dans le droit interne ont paru en tant que publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4, et sont également disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic-commerce/1996Model.htm).

dans le contexte de l'équivalence fonctionnelle de tous les moyens utilisés pour transmettre, publier, échanger ou stocker des informations ou des documents, question qui est maintenant traitée dans le projet d'article 4 *bis*. Il serait utile que le commentaire de l'article 5 révisé renvoie aux passages pertinents du Guide.

38. La référence aux informations concernant les possibilités de marchés à venir au paragraphe 2 du projet d'article révisé devrait être examinée en même temps que le projet d'article 5 *bis* (voir la section B ci-après). La façon de traiter ces informations dans le projet d'article 5 révisé dépendra de la question de savoir si la question de leur publication sera effectivement traitée dans la Loi type et, dans l'affirmative, comment elle le sera, et en particulier si cette publication sera facultative ou obligatoire (voir les paragraphes 16 et 17 plus haut).

39. Le Groupe de travail souhaitera peut-être, lorsqu'il examinera le projet d'article 5 révisé, élaborer des règles générales pour la publication des informations, telles que celles envisagées dans la section II plus haut (voir en particulier les paragraphes 22 à 24, 26 et 31) et définir sa position en ce qui concerne la facturation de frais pour les informations généralement mises à la disposition du public (voir le paragraphe 33 plus haut), en vue de leur inclusion dans la Loi type ou le Guide pour l'incorporation. Il souhaitera peut-être aussi déterminer si les principes généraux concernant la publication des informations relatives à la passation des marchés (voir le paragraphe 34 plus haut), les règles de publication qu'il pourrait souhaiter formuler, les "normes d'accessibilité" (voir A/CN.9/WG.I/WP.38 et additif) et l'obligation de mise à jour systématique (voir les paragraphes 23 et 24 plus haut) devraient s'appliquer de la même façon aux informations devant être publiées en vertu du paragraphe 1 et à celles visées au paragraphe 2 de l'article 5 révisé.

B. Article 5 *bis* (publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir)

40. À sa septième session, le Groupe de travail a déclaré préférer la variante B du projet d'article 5 *bis* "Avis de possibilités de marchés", figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, qui était libellé comme suit:

> "Dans le délai de [l'État adoptant spécifie un délai] après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier un avis de leurs besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [l'État adoptant spécifie une période] suivant(e)s."

41. Sous réserve de la décision que prendra le Groupe de travail sur la question de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir en application de la Loi type, la variante B pourrait être étoffée, en particulier pour traiter d'autres modalités de publication de cette information, ou bien des orientations pertinentes pourraient être données dans le Guide pour l'incorporation (voir les paragraphes 16 et 17 plus haut). Le Guide pourrait également attirer l'attention des États adoptants sur l'intérêt de publier de telles informations. En particulier, il pourrait y être précisé que, bien qu'elle n'engage pas les entités adjudicatrices et n'ait donc pas d'effet négatif sur le processus budgétaire, cette publication incite ces entités à planifier la passation des marchés, réduit le nombre de marchés passés dans des conditions exceptionnelles ou d'urgence et limite par conséquent le recours à des méthodes de passation moins compétitives. Il pourrait aussi être expliqué dans le

Guide que la publication de ces informations permet à un plus grand nombre de fournisseurs d'être informés des possibilités de marchés, de voir si ces possibilités les intéressent et de préparer en conséquence leurs offres à l'avance, ce qui a également pour effet de rendre la procédure de passation plus compétitive, plus transparente et plus économique. L'incidence positive que la publication de telles informations pourrait avoir dans le contexte plus général de la bonne gouvernance, en particulier en soumettant la passation des marchés à l'examen du public et en permettant aux acteurs locaux d'y participer, pourrait aussi être soulignée.

C. Nouvelles dispositions

42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de la publication d'informations supplémentaires rendues nécessaires par des techniques et des outils de passation spécifiques tels que les listes de fournisseurs, les accords-cadres et les enchères électroniques inversées (voir document A/CN.9/WG.I/WP.39, par. 12) en même temps que les autres questions de fond liées à ces techniques et outils dont le Groupe de travail se saisira en temps utile.

D. 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: projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées, dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session

(A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Remarques générales	4-8
III.	Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type et à fixer les conditions de ce recours	9-17
	A. Remarques générales	9-10
	B. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 19 *bis*	
	C. Commentaire et autres points à examiner au sein du Groupe de travail et à inclure le cas échéant dans le Guide pour l'incorporation en ce qui concernenl'article 19 *bis*	11-16
	D. Projet de texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation en ce qui concerne l'article 19 *bis*	17
IV.	Projets de dispositions concernant le déroulement des enchères électroniques inversées en application de la Loi type – nouveaux articles 47 *bis* et *ter*	18-35
	A. Phase précédant l'enchère	19-25
	1. Remarques générales	19-20
	2. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 47 *bis*	
	3. Commentaire et autres questions à examiner par le Groupe de travail et à inclure le cas échéant dans le Guide pour l'incorporation	21-25
	4. Texte qu'il est proposé d'ajouter au Guide pour l'incorporation en ce qui concerne le nouvel article 47 *bis*	
	B. Déroulement de l'enchère	26-35
	1. Remarques générales	26-27
	2. Nouveau texte proposé pour la Loi type: article 47 *ter*	
	3. Commentaire et autres points à examiner au sein du Groupe de travail et à inclure le cas échéant dans le Guide pour l'incorporation	28-35
	4. Texte qu'il est proposé d'ajouter au Guide pour l'incorporation en ce qui concerne le nouvel article 47 *ter*	

I. Introduction

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")[1] est présenté aux paragraphes 5 à 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.37, dont celui-ci sera saisi, pour examen à sa huitième session.

2. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a abordé les sujets suivants: publication et communication électroniques d'informations relatives à la passation des marchés, autres aspects découlant de l'utilisation des moyens électroniques de communication dans le processus de passation (tels que les conditions de cette utilisation), enchères électroniques inversées, et offres anormalement basses (voir, pour plus de détails, le document A/CN.9/575). Il a prié le secrétariat de préparer des propositions de textes sur ces sujets pour examen à sa huitième session (pour les conclusions du Groupe de travail concernant les enchères électroniques inversées, voir le document A/CN.9/575, par. 60 à 67).

3. Dans la présente note, le secrétariat soumet au Groupe de travail, pour examen, les projets de dispositions demandés visant à régir l'utilisation des enchères électroniques et les offres anormalement basses. Cette note doit être lue conjointement avec celles que le secrétariat a présentées sur les mêmes sujets à la septième session du Groupe de travail, dont elle est inspirée (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.36).

II. Remarques générales

4. À sa septième session, le Groupe de travail a noté que les enchères électroniques inversées étaient de plus en plus utilisées comme méthode de passation des marchés dans les pays où le commerce électronique était devenu la norme. Selon l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail à cette session, compte tenu de l'utilisation croissante des enchères électroniques inversées et du double objectif d'harmonisation et de promotion des meilleures pratiques, il fallait faire figurer dans le texte de la Loi type des dispositions régissant l'utilisation de ces enchères (A/CN.9/575, par. 60). Le Groupe de travail a également décidé à sa septième session d'examiner à sa huitième session certains aspects plus précis des enchères électroniques inversées, comme leurs conditions et modalités d'utilisation (A/CN.9/575, par. 9 et 67).

5. Le Groupe de travail a donc prié le secrétariat de rédiger des dispositions générales par lesquelles la Loi type autoriserait le recours aux enchères

---

[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 aussi 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).

électroniques inversées et de définir les principes essentiels régissant ce recours. Il a demandé que le projet de texte correspondant du Guide pour l'incorporation traite de façon précise la question de l'utilisation de ces enchères, en particulier leurs avantages et leurs inconvénients, ainsi que la manière de gérer les risques qu'elles peuvent comporter.

6. Pour l'élaboration des textes à lui soumettre pour examen, le Groupe de travail a en outre fourni au secrétariat les lignes directrices supplémentaires suivantes:

a) Les dispositions autorisant le recours aux enchères électroniques inversées devraient partir du principe que ces enchères constituent une méthode de passation à part entière et pas simplement une étape dans d'autres procédures de passation;

b) Les dispositions devraient traiter des conditions générales du recours aux enchères électroniques inversées et ne devraient exclure aucun type de marché (biens, travaux, services) en tant que tel;

c) Il devrait être précisé que, pour déterminer si les enchères électroniques inversées conviennent comme méthode de passation, le principal critère est de savoir si un cahier des charges précis peut être établi et si les paramètres de l'enchère peuvent être facilement et objectivement quantifiés; et

d) Les projets de textes devraient tenir compte de l'approche adoptée sur le même sujet par les parties procédant actuellement à la révision de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP) (A/CN.9/575, par. 62, 66 et 67)[2].

7. Le secrétariat a fait en sorte que les dispositions qu'il propose soient conformes à celles de la Loi type applicables à d'autres méthodes de passation. Par conséquent, la méthode de passation généralement utilisée pour les biens et les travaux étant l'appel d'offres, les dispositions prévoient le recours à une procédure d'enchères électroniques inversées qui correspond à la procédure d'appel d'offres classique adaptée à ce type d'enchères. Elles soumettraient le déroulement de la phase d'enchère proprement dite aux principes et objectifs des règles régissant l'appel d'offres. Le secrétariat a en outre recensé les articles de la Loi type auxquels il faudrait apporter des modifications afin de permettre le recours aux enchères électroniques inversées. Ces modifications figurent au chapitre V de l'additif à la présente note (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1).

8. Les enchères électroniques inversées pouvant également convenir dans les circonstances où la Loi type autorise le recours à l'appel d'offres restreint en vertu de son article 20 (lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour une procédure d'appel d'offres seraient disproportionnés ou lorsque les biens, en raison de leur nature extrêmement complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs), les projets de dispositions prévoient également la possibilité d'une procédure équivalente à l'appel d'offres restreint (voir aussi le paragraphe 24 ci-dessous).

---

[2] Lors de consultations avec l'Organisation mondiale du commerce, le secrétariat a été informé qu'il n'avait pas encore été décidé si la question des enchères électroniques inversées serait traitée dans le texte révisé de l'AMP.

III. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type et à fixer les conditions de ce recours

A. Remarques générales

9. Le projet d'article 19 *bis* propose plusieurs variantes au Groupe de travail en ce qui concerne les conditions dans lesquelles on peut avoir recours aux enchères électroniques inversées et il remplit la fonction de disposition générale autorisant ce recours qui est demandée. S'agissant de l'emplacement de ce projet d'article, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de l'insérer dans le chapitre II ("Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes") en tant que disposition régissant une forme d'appel d'offres, après l'article 19 actuel ("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").

10. Le texte du projet d'article est suivi par un commentaire ainsi que par un exposé des questions en suspens à aborder au sein du Groupe de travail. Figurent ensuite des projets de texte destinés au Guide pour l'incorporation qui expliquent le contenu du projet d'article. Les modifications ou ajouts à apporter à ces propositions, notamment aux projets de textes destinés au Guide pour l'incorporation, devront donc traduire les conclusions du Groupe de travail sur les questions en suspens. Ce mode de présentation sera suivi pour tous les projets d'articles proposés dans la présente note.

B. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 19 *bis*

Article 19 bis. *Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées*

1) (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée conformément aux articles 47 *bis* et *ter*[*], dans les circonstances suivantes:

a) L'entité adjudicatrice est en mesure de formuler des spécifications détaillées, [et] précises [et exactes] pour les biens [les travaux ou les services] de sorte à assurer l'homogénéité de la procédure de passation [;

b) Il y a un marché concurrentiel d'au moins [dix] fournisseurs ou entrepreneurs [dont on pense qu'ils seront qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée]; et]

[c) Les biens [, travaux ou services] à acquérir sont [standardisés] [des produits standard] [des produits courants], [[de sorte que] [et] le prix [et les autres critères quantifiables exprimés en chiffres ou en pourcentages] est [sont] [le seul critère] [les seuls critères] pour déterminer l'offre à retenir] [de sorte

---

[*] Voir le projet de texte proposé pour cet article au chapitre IV ci-après.

que] [et] tous les critères devant être soumis et évalués lors de l'enchère peuvent faire l'objet d'une évaluation automatique].

C. Commentaire et autres points à examiner au sein du Groupe de travail et à inclure le cas échéant dans le Guide pour l'incorporation en ce qui concerne l'article 19 *bis*

11. Aucune définition des termes "enchère" "électronique" ou "inversée" n'est donnée dans les projets d'articles. Le Groupe de travail examinera à sa huitième session s'il faut définir le terme "électronique" dans le contexte de l'utilisation des communications électroniques au cours de la procédure de passation (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, voir section III.D). Il souhaitera peut-être examiner s'il est nécessaire d'inclure une définition du terme "enchère électronique inversée" dans le texte de la Loi type ou si celle proposée dans le Guide pour l'incorporation suffira.

12. La description de l'enchère électronique inversée suppose que tous les participants utilisent des moyens électroniques de communication lors de la phase d'enchère proprement dite (voir le paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.38; les propositions de textes qui suivent ce paragraphe permettraient d'imposer l'utilisation de moyens électroniques de communication). Les entités adjudicatrices peuvent faciliter la participation des fournisseurs n'ayant pas accès à Internet en installant un intermédiaire (le cas échéant dans leurs bureaux) pour enchérir au nom du fournisseur lors de l'enchère sur la base des instructions téléphoniques de celui-ci. Cette possibilité[3] n'est pas mentionnée dans le projet d'article, mais elle pourrait l'être dans le Guide pour l'incorporation, lequel pourrait aussi aborder les questions découlant du caractère relativement nouveau des enchères électroniques inversées, telles que la formation et la tenue d'enchères simulées.

13. La question principale du point de vue de la rédaction est de savoir dans quelle mesure la Loi type devrait fixer les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, telles que le degré de détail et d'exactitude des spécifications (par. 1 a) du projet d'article) et le degré de compétitivité du marché (par. 1 b)).

14. Le paragraphe 1 c) présente des variantes qui permettraient à l'entité adjudicatrice de recourir aux enchères électroniques inversées pour la passation de marchés non seulement de biens mais aussi de travaux et de services; fixe le degré de spécification que doivent avoir les biens à acheter pour que l'on puisse recourir à des enchères électroniques inversées et envisage la possibilité d'une mise aux enchères fondée soit uniquement sur les prix, soit sur les prix et d'autres critères. Les paragraphes 20 à 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.35 exposent les conditions équivalentes actuellement en vigueur dans divers systèmes de passation des marchés. La plupart de ces systèmes limitent l'utilisation des enchères électroniques inversées aux articles pour lesquels il est possible de fournir des spécifications

---

[3] Une disposition expresse ne sera peut-être pas nécessaire si les systèmes internes des États adoptants permettent aux fournisseurs de faire appel à un intermédiaire.

précises et excluent la plupart des marchés de travaux mais, pour le reste, le niveau de réglementation est variable. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer dans quelle mesure cet article devrait être normatif ou indicatif, ainsi que le degré de détail des orientations correspondantes à fournir dans le Guide pour l'incorporation.

15. Par ailleurs, concernant le paragraphe 1 c), le Groupe de travail pourrait examiner dans quelle mesure les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées devraient être spécifiées. Par exemple, faudrait-il en limiter l'utilisation aux produits standardisés, à ceux dont les critères variables peuvent être exprimés en chiffres ou en pourcentages, à ceux dont les critères variables peuvent être exprimés en termes de prix, ou encore à ceux qui présentent une combinaison de ces caractéristiques? Par exemple, l'esthétique d'un produit ou d'un bâtiment est un critère variable que l'on pourrait exprimer en termes de prix en lui attribuant une note sur 100, l'entité adjudicatrice étant prête à payer par exemple 5 000 euros pour chaque point "esthétique" supplémentaire. Ainsi, l'esthétique pourrait être prise en considération comme critère d'attribution en lui attribuant avant l'enchère des points équivalant à un prix qui peuvent ensuite être automatiquement pris en compte lors de la phase d'enchère proprement dite[4]. En revanche, l'esthétique en tant que telle ne serait pas évaluée au cours de l'enchère. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le projet de texte relatif au déroulement de la phase d'enchère proprement dite, présenté au chapitre IV ci-dessous, exige de manière implicite que tous les critères soumis et évalués lors de l'enchère puissent faire l'objet d'une évaluation automatique.

16. Une dernière question que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner est celle de savoir si seules les enchères électroniques inversées (par opposition aux enchères inversées non électroniques classiques) seront traitées dans la Loi type (voir également le paragraphe 63 du document A/CN.9/575 rendant compte des vives réserves émises à la septième session du Groupe de travail s'agissant de savoir si l'utilisation d'enchères inversées traditionnelles constituait la meilleure pratique que la Loi type devrait promouvoir). Les projets de dispositions et le commentaire ci-dessus ne sont censés viser que les enchères électroniques inversées.

D. Projet de texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation en ce qui concerne l'article 19 *bis*

17. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le projet de texte suivant en notant que des modifications stylistiques et d'autres changements mineurs seront peut-être nécessaires afin d'assurer la cohérence interne du Guide lorsque celui-ci sera finalisé.

Article 19 bis. *Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées*

1) Une enchère électronique inversée peut se définir comme une enchère dynamique, en ligne et en temps réel entre un organisme acheteur et un certain nombre de fournisseurs qui se font concurrence pour remporter le

---

[4] Une enchère tenant compte de ce critère correspondrait au modèle 2 de l'enchère électronique inversée décrite au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.35.

marché en soumettant des offres de plus en plus basses ou de mieux en mieux classées au cours d'une période déterminée. Le recours à ces enchères a augmenté depuis l'adoption du texte initial de la Loi type en 1994. Il a été observé que les enchères électroniques inversées comportaient de nombreux avantages potentiels. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix (car elles permettent d'obtenir un prix de marché compétitif, et d'importantes économies peuvent être réalisées du fait du caractère dynamique des transactions effectuées en temps réel. Deuxièmement, elles peuvent assurer une meilleure allocation des ressources (en réduisant le temps nécessaire à la passation du marché ainsi que les coûts administratifs par rapport à la procédure d'appel d'offres ouverte traditionnelle). Troisièmement, elles peuvent améliorer la transparence du processus de passation du fait que les informations sur d'autres offres sont accessibles et que le résultat de la procédure est visible pour tous les participants, ce qui décourage les abus et la corruption. Les moyens électroniques, en réduisant considérablement le coût des opérations, ont facilité l'utilisation des enchères inversées. Cependant, on a émis la crainte que ce type d'enchères n'incite à accorder une importance excessive au prix et que leur facilité d'emploi ne conduise à y recourir de façon excessive ou dans des situations qui ne s'y prêtent pas.

2) Pour permettre aux entités adjudicatrices dans les États adoptants de tirer convenablement parti de cette nouvelle méthode de passation de marchés, la Loi type révisée autoriserait expressément le recours aux enchères électroniques inversées en tant que méthode de passation, sous réserve toutefois que soient remplies les conditions énoncées aux articles 19 *bis*, 47 *bis* et 47 *ter*. D'autres précisions sur les divers aspects de ces dispositions figurent dans le commentaire article par article ci-après.

3) [*donner des précisions sur les conditions énoncées au paragraphe 1 c) – voir plus haut par. 13 et 14*].

4) Au vu de ce qui précède, les États adoptants souhaiteront peut-être soumettre par voie réglementaire l'utilisation des enchères électroniques inversées à des conditions supplémentaires. Leur utilisation pourrait, par exemple, être limitée aux [biens standardisés] [produits standard] [produits courants] [et à certains types simples de travaux et de services] tels que des produits courants (carburant, matériel informatique standard, fournitures de bureau et produits de construction de base), et des articles dont les coûts après acquisition sont limités voire nuls et pour lesquels aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli. Bien qu'il soit possible de recourir à des listes indicatives de biens [travaux et services] pouvant être achetés par enchères électroniques inversées, les États adoptants doivent être conscients de la nécessité d'actualiser ces listes régulièrement à mesure qu'apparaissent de nouveaux produits courants ou d'autres articles adaptés. Il a été observé que certains marchés de travaux et services de construction (l'entretien des routes, par exemple) pouvaient tout à fait être passés par enchères électroniques inversées, mais du fait de l'obligation de fournir des spécifications détaillées [, et] précises [et exactes], la majorité des travaux et services seraient exclus de cette méthode de passation.

5) En vue de réduire au minimum le risque de collusion, notamment la signalisation des prix, et de préserver l'anonymat des soumissionnaires lors

d'une enchère électronique inversée, les États adoptants souhaiteront peut-être indiquer pour le marché approprié le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs [que l'on compte voir participer à l'enchère électronique inversée.] L'article 47 *bis*[*] dispose que l'enchère électronique inversée est [suspendue/annulée] si le nombre de soumissionnaires tombe en dessous de ce minimum avant l'ouverture de l'enchère proprement dite.

IV. Projets de dispositions concernant le déroulement des enchères électroniques inversées en application de la Loi type – nouveaux articles 47 *bis* et *ter*

18. Pour faciliter les délibérations du Groupe de travail, le projet de texte concernant le déroulement des enchères électroniques inversées a été divisé en deux articles concernant respectivement la phase précédant l'enchère (article 47 *bis*) et la phase d'enchère proprement dite (article 47 *ter*), suivis d'un projet de texte destiné au Guide pour l'incorporation et de commentaires supplémentaires. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la possibilité de réunir ces dispositions dans un seul article dans la version finale afin d'en faciliter l'application par les États adoptants.

A. Phase précédant l'enchère

1. Remarques générales

19. Le Groupe de travail voudra peut-être traiter la question du déroulement de l'enchère électronique inversée proprement dite entièrement dans la Loi type ou dans des projets de règles, ou une combinaison des deux, en ajoutant un commentaire approprié à chaque cas dans le Guide pour l'incorporation. Le projet de disposition ci-après est présenté sous la forme de projet d'article destiné à la Loi type, mais une partie du texte pourrait également revêtir la forme de projet de dispositions réglementaires. Par exemple, des dispositions réglementaires seraient peut-être plus indiquées pour les points spécifiques énoncés au paragraphe 4 e) ii) à xi) (qui sont donc présentés entre crochets).

20. Les paragraphes 7 à 21 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 décrivent les dispositions équivalentes de divers systèmes de passation existants.

2. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 47 *bis*

Article 47 bis. *Déroulement de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite*

1) Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où il est dérogé à ces dispositions dans le présent article.

---

[*] Voir le projet de texte proposé pour cet article au chapitre IV ci-dessous.

[2) Pour toute passation de marché au moyen d'enchères électroniques inversées, l'entité adjudicatrice [engage] [peut engager] une procédure de présélection conformément à l'article 7].

3) Les fournisseurs ou les entrepreneurs soumettent, avant l'enchère, des offres initiales qui sont complètes à tous égards, mais où il n'est pas nécessaire de faire figurer les éléments qui doivent être soumis à l'enchère. [L'entité adjudicatrice peut toutefois exiger que ces éléments figurent dans les offres.]

4) a) L'entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des offres pour en déterminer la conformité en application de l'article 34 et pour en évaluer, conformément aux critères d'attribution fixés et aux coefficients de pondération qui leur ont été affectés, tous les éléments qui ne seront pas soumis à l'enchère. [L'entité adjudicatrice classe les offres conformément aux critères d'attribution sur la base des éléments des offres qui ne seront pas soumis à l'enchère.]

4) b) Après l'évaluation visée au paragraphe 4) a), l'entité adjudicatrice [envoie une invitation à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont les offres ont été rejetées en application du paragraphe 4 a)] [peut envoyer une invitation à participer à l'enchère aux soumissionnaires dont les offres ont été les mieux classées conformément au paragraphe précédent, sous réserve des dispositions du paragraphe 4 e) ci-après].

4) c) L'invitation à participer indique les modalités et les délais d'inscription que les fournisseurs et les entrepreneurs doivent respecter pour participer à l'enchère.

4) d) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs [qualifiés pour participer/admis à participer/qui se sont inscrits pour participer] à l'enchère [est inférieur à [indication du nombre]] [est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective], l'entité adjudicatrice [annule l'enchère électronique inversée].

4) e) À moins que cette information n'ait déjà été communiquée aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, l'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient [les renseignements suivants] [les éléments indiqués à l'article 27 n) *bis*[*], ainsi que]:

i) Si des éléments autres que le prix ont été utilisés lors de l'évaluation initiale, les résultats de l'évaluation initiale de l'offre du destinataire de l'invitation;

[ii) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère électronique inversée;

---

[*] Pour le texte de l'article 27 n) *bis* (teneur du dossier de sollicitation), voir le chapitre V du document A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1.

iii) L'adresse du site Web où se tiendra l'enchère électronique inversée et où les règles de l'enchère, le dossier d'appel d'offres et les autres documents pertinents seront accessibles;

iv) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;

v) Les éléments de l'offre qui seront soumis à l'enchère;

vi) Lorsque l'attribution est faite à l'offre la plus basse résultant de l'évaluation, la formule à utiliser pour quantifier les éléments autres que le prix devant être présentés à l'enchère [tout élément de ce genre doit être quantifiable et susceptible d'être exprimé par un chiffre ou un pourcentage]. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre la plus basse résultant de l'évaluation;

vii) Les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et, s'il y a lieu, la façon dont elles seront mises à leur disposition et le moment où elles le seront;

viii) Toutes les informations pertinentes concernant la procédure d'enchère proprement dite, y compris les données d'identification éventuelles pour la passation du marché, les caractéristiques techniques que doit avoir le matériel informatique à utiliser et la question de savoir si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'entre elles);

ix) Les conditions dans lesquelles les soumissionnaires peuvent enchérir et, en particulier, tout écart minimum concernant les prix ou d'autres éléments qui [est exigé pour enchérir] [qui doit être respecté par toute nouvelle enchère présentée au cours de la procédure] [et le laps de temps que l'entité adjudicatrice laisse s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère];

x) Toutes les informations pertinentes concernant le dispositif électronique utilisé et les modalités et spécifications techniques de connexion;

xi) Les critères qui déterminent la clôture de l'enchère;] et

xii) Toutes les [autres] informations nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère. [Les dispositions réglementaires régissant la passation des marchés peuvent prescrire les informations devant être ainsi fournies.]

5)] L'entité adjudicatrice attend entre la publication de l'invitation à participer à l'enchère électronique inversée et l'ouverture de l'enchère un laps de temps suffisant pour permettre une participation satisfaisante à l'enchère. Les dispositions réglementaires régissant la passation des marchés peuvent fixer un délai minimum à cet effet.

3. Commentaire et autres questions à examiner par le Groupe de travail et à inclure le cas échéant dans le Guide pour l'incorporation

21. Le paragraphe 2 du projet d'article traite des qualifications des soumissionnaires potentiels. La procédure de présélection a pour objet de s'assurer que les candidats remplissent les conditions minimum requises pour exécuter le marché, de sorte que le fournisseur ou l'entrepreneur adjudicataire soit connu à la clôture de l'enchère. La phase de présélection permet également de déterminer le nombre de participants à inviter à l'enchère électronique inversée. Si le nombre de candidatures reçues est plus faible que prévu et si on ne peut pas s'attendre à une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut être tenue d'annuler l'enchère conformément au paragraphe 4 d).

22. Dans le cadre des enchères électroniques inversées organisées au Brésil, aucune phase de sélection n'a lieu avant la clôture de l'enchère, afin d'éviter les pertes de temps et les coûts qu'entraînerait une phase de présélection qui pourrait obliger à évaluer les qualifications d'un grand nombre de fournisseurs[5]. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, avant de donner des instructions au secrétariat concernant les dispositions à prévoir pour la sélection dans le contexte des enchères électroniques inversées, les coûts et les avantages d'une sélection avant et après l'enchère ainsi que la question de savoir s'il faudrait donner à l'entité adjudicatrice la possibilité de choisir le moment de procéder à la phase de présélection.

23. Le paragraphe 4 a) du projet d'article présente entre crochets une disposition en vertu de laquelle l'entité adjudicatrice classerait, conformément aux critères d'attribution, les offres sur la base des éléments de celles-ci qui ne seraient pas soumis à l'enchère. Cette disposition conviendrait si les enchères électroniques inversées correspondant au modèle 2 décrit au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.35 étaient autorisées (et pas seulement les enchères correspondant au modèle 1, dans le cadre desquelles tous les aspects des offres devant être évalués lors de la sélection de l'offre à retenir sont soumis à l'enchère, et aucun classement n'est nécessaire). Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner la question de savoir si la Loi type doit prendre en considération les modèles 1 et 2, ou seulement le modèle 1.

24. Le paragraphe 4 a) et d) du projet d'article traite aussi la question du nombre de soumissionnaires pouvant être invités à participer à l'enchère. Il s'agit de déterminer si les délais et les frais supplémentaires qu'entraîne l'organisation d'enchères avec de nombreux participants sont compensés par une concurrence accrue. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu d'exiger un appel d'offres ouvert, s'il devrait toujours être possible de limiter le nombre de participants ou si l'entité adjudicatrice devrait avoir le droit d'opter pour l'une ou l'autre approche, eu égard par exemple aux conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint énoncées à l'article 20 de la Loi type actuelle qui dispose que "l'entité adjudicatrice peut, si cela est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, avoir recours à la procédure de l'appel d'offres restreint conformément à l'article 47, lorsque: a) les biens, les travaux ou les services, de par leur nature extrêmement complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre

---

[5] Voir également le paragraphe 40 et la note 68 du document A/CN.9/WG.I/WP.35.

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 des biens, des travaux et des services requis."

25. En ce qui concerne le paragraphe 4 e), le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les informations dont ont besoin le fournisseur ou l'entrepreneur pour décider de participer ou non à l'enchère (paragraphe 4) e), points ii) à xi) devraient être mentionnées expressément de façon détaillée dans le texte du projet d'article. Une autre solution consisterait à prévoir dans l'article 47 *bis* de la Loi type l'obligation de fournir toutes les informations pertinentes dans la mesure où elles n'ont pas déjà été fournies dans le dossier de sollicitation. Les informations à fournir pourraient aussi être indiquées de façon détaillée dans des dispositions réglementaires relatives à la passation des marchés, un commentaire approprié étant ajouté dans le Guide pour l'incorporation[6].

4. Texte qu'il est proposé d'ajouter au Guide pour l'incorporation en ce qui concerne le nouvel article 47 *bis*

Article 47 bis. *Déroulement de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite*

1) L'enchère électronique inversée se déroule comme une procédure d'appel d'offres et, par conséquent, les dispositions du chapitre III de la Loi type s'appliquent, sauf si elles sont incompatibles avec la nature d'une procédure d'enchère.

2) [*donner des précisions sur les qualifications des soumissionnaires – voir paragraphe 21*].

3) Le paragraphe 3 traite de la teneur des offres initiales. Exiger que ces offres portent sur tous les éléments, y compris ceux devant être soumis à l'enchère, peut aider l'entité adjudicatrice à fixer le prix de départ de l'enchère. Toutefois, cette information peut être jugée inutile par l'entité adjudicatrice et être coûteuse pour les fournisseurs. Il se peut qu'elle devienne moins importante à mesure que l'expérience en matière d'enchères augmentera.

4) Les paragraphes 4 a) et b) permettent d'opter soit pour l'appel d'offres ouvert (tous les fournisseurs qualifiés peuvent participer à l'enchère), soit à l'appel d'offres restreint, auquel seuls les soumissionnaires les mieux classés sont invités à participer. [*donner des précisions sur le classement des offres initiales – voir le paragraphe 23 plus haut – et sur le recours à l'appel d'offres ouvert et à l'appel d'offres restreint – voir le paragraphe 24 plus haut*].

5) Le paragraphe 4 d) traite de la question de l'inscription des participants potentiels, procédure qui suppose que l'on attribue un code

---

[6] Voir également le chapitre V du document A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, où il est question des informations équivalentes à fournir en application de l'article 27 n) *bis* (relatif à la teneur du dossier de sollicitation).

d'identification et un mot de passe à tous les participants pour leur permettre de se connecter au système afin de participer à l'enchère électronique inversée, et qu'on leur donne si nécessaire des informations concernant la sécurité.

6) Le paragraphe 4 e) vise à assurer la transparence des informations pour les fournisseurs. Entre autres, cette disposition exige que la formule qui sera utilisée pour évaluer les critères autres que le prix qui doivent être soumis à l'enchère soit communiquée dans le dossier d'appel d'offres. D'une manière générale, la Loi type n'exige pas que les entités adjudicatrices établissent des formules d'évaluation précises et les communiquent, mais elle encourage les États adoptants à se montrer aussi objectifs que possible. Toutefois, dans le cas d'une enchère portant également sur des critères autres que le prix, l'entité adjudicatrice doit élaborer une formule d'évaluation précise qui, par souci de transparence, doit être communiquée. En outre, seuls les éléments des offres qui peuvent être quantifiés en termes de prix de manière à permettre une évaluation automatique pendant la phase d'enchère proprement dite peuvent être soumis à l'enchère. Même si le recours aux enchères se limite à des biens et des services standardisés, des facteurs autres que le prix (tels que les frais d'exploitation et de maintenance des véhicules) peuvent jouer un rôle important.

7) En ce qui concerne le paragraphe 5, les États adoptants souhaiteront peut-être fixer par voie réglementaire un délai minimum, tout en autorisant des délais plus longs pour les marchés complexes.

B. Déroulement de l'enchère

1. Remarques générales

26. Comme cela a été suggéré plus haut dans le cas de la phase précédant l'enchère, le Groupe de travail voudra peut-être traiter la question du déroulement de l'enchère proprement dite dans la Loi type ou dans un projet de dispositions réglementaires, un commentaire approprié étant inséré dans le Guide pour l'incorporation dans l'un ou l'autre cas. Le texte ci-après est présenté en tant que projet d'article de la Loi type, mais il pourrait également revêtir la forme d'un projet de dispositions réglementaires.

27. Les paragraphes 22 à 37 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 décrivent les dispositions équivalentes de systèmes de passation existants.

2. Nouveau texte proposé pour la Loi type: article 47 *ter*

Article 47 ter. *Déroulement de l'enchère électronique inversée pendant la phase d'enchère proprement dite*

1) Au cours d'une enchère électronique inversée:

a) Toutes les offres font l'objet d'une évaluation automatique;

b) Les entités adjudicatrices [fournissent] [transmettent instantanément] de façon continue à tous les soumissionnaires au cours de l'enchère des informations suffisantes [pour permettre à chacun de connaître

son classement actuel] [pour savoir s'il est le mieux placé] [pour déterminer les modifications à apporter à toute offre pour qu'elle soit la mieux placée]];

c) Tous les fournisseurs et entrepreneurs participants ont en permanence dans des conditions d'égalité la possibilité de réviser leurs offres en ce qui concerne les éléments soumis à la procédure d'enchère.

2) L'enchère est close suivant la méthode, et à la date et à l'heure précises spécifiées dans le dossier de sollicitation ou dans l'invitation à participer à l'enchère, comme suit:

a) Lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ou

b) Lorsqu'un certain délai spécifié s'est écoulé [sans qu'il ait été présenté une nouvelle offre valide qui l'emporte sur l'offre la mieux classée] [lorsque l'entité adjudicatrice ne reçoit plus aucun nouveau prix ou nouvelle valeur respectant les écarts minimum fixés];

c) L'entité adjudicatrice [peut également à tout moment annoncer le nombre de participants à l'enchère mais] ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire [pendant l'enchère] [avant la clôture de l'enchère. Les articles 33-2 et 33-3 ne s'appliquent pas à une procédure comprenant une enchère électronique].

3) L'entité adjudicatrice peut suspendre l'enchère électronique inversée en cas de défaillance d'un système ou d'interruption des communications.

4) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les entrepreneurs ou fournisseurs au cours de l'enchère électronique inversée sauf conformément au paragraphe 1 b) et c) plus haut.

5) L'offre à retenir est celle qui est la mieux classée par le mécanisme d'évaluation automatique au moment de la clôture de l'enchère.

6) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui a soumis l'offre retenue au cours d'une procédure comportant une enchère électronique est invité à confirmer ses qualifications conformément à l'article 34-6 mais ne le fait pas, s'il ne signe pas un contrat de marché lorsqu'il est invité à le faire et/ou ne fournit pas la garantie de bonne exécution du marché éventuellement requise, l'entité adjudicatrice [peut] [ne peut pas] retenir une autre offre conformément à l'article 34-7 ou à l'article 36-5 [, mais rouvre l'enchère électronique inversée, qui se déroule alors conformément aux dispositions du présent article/adopte une autre méthode de passation].

7) Lorsqu'il y a lieu, [le mot "offre" chaque fois qu'il apparaît dans la Loi type] [le mot "offre" dans les articles [voir paragraphes 33 et 34 ci-après] désigne également une offre initiale soumise dans le cadre d'une procédure comportant une enchère électronique inversée*.

---

* Cette disposition est expliquée dans les paragraphes 33 et 34.

3. Commentaire et autres points à examiner au sein du Groupe de travail et à inclure le cas échéant dans le Guide pour l'incorporation

28. En ce qui concerne le paragraphe 2 c), l'identité de l'adjudicataire d'un marché sera généralement communiquée en vertu de l'article 11 de la Loi type. Des informations sur les autres offres peuvent également être communiquées en vertu de cet article, sauf s'il y a de bonnes raisons de ne pas le faire (article 11-3). L'article 33-2 et 3 dispose également que, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, les offres sont ouvertes en présence des participants et l'identité de tous les soumissionnaires et les prix soumissionnés sont communiqués aux fournisseurs pour leur permettre de vérifier l'application des règles, mais seulement une fois que la phase de soumission des offres est terminée. Sans disposition supplémentaire, cette procédure s'appliquerait à l'ouverture des offres initiales soumises en vertu de l'article 47 *bis*-3, et le caractère anonyme de l'enchère serait compromis. Les prix définitifs étant fixés au cours de l'enchère, il serait sans doute inutile de révéler auparavant l'identité des soumissionnaires, et cela serait par ailleurs contraire au principe selon lequel l'identité des parties ne devrait pas être révélée tant que la procédure de passation n'est pas achevée. La deuxième variante apparaissant entre crochets au paragraphe 2 c) aurait donc pour effet d'écarter l'application de l'article 33-2 et 3 dans le cas d'une enchère[7, 8].

29. En ce qui concerne le paragraphe 1 b) du projet d'article, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions traitées aux paragraphes 30 à 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 avant de donner au secrétariat des indications quant à l'étendue de l'obligation de divulgation (par exemple sur le point de savoir si, en plus du classement d'une offre, des informations doivent être fournies sur les améliorations à apporter à cette offre pour remporter le marché).

30. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article, le Groupe de travail souhaitera peut-être restreindre les possibilités de prolonger la durée de l'enchère. On pourra se reporter également aux paragraphes 25 et 26 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1. On a fait observer que de telles prolongations ne convenaient que pour des marchés portant sur un montant élevé, car on pouvait considérer qu'elles incitaient indûment les soumissionnaires à baisser leurs prix et qu'elles pénalisaient ceux qui réservaient une période de temps fixe pour participer à l'enchère. En revanche, on a fait observer que, le plus souvent, le volume des offres augmente et les prix diminuent juste avant la clôture d'une enchère, de sorte que la possibilité d'une prolongation devrait permettre d'obtenir un meilleur rapport qualité-prix.

31. En ce qui concerne le paragraphe 6 du projet d'article, on ne communique normalement dans le cadre d'une procédure d'enchère électronique inversée que la

---

[7] Une autre solution serait de faire figurer la disposition écartant l'application de l'article 33-2 et 3 dans le paragraphe traitant de l'évaluation initiale des offres, mais comme cette disposition est importante pour le déroulement de l'enchère électronique inversée, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il est préférable de la faire figurer dans le projet d'article 47 *ter*.

[8] La procédure d'appel d'offres en deux étapes, comme l'enchère, comprend des phases successives, mais la Loi type est muette sur la façon dont l'article 33 s'applique à cette procédure. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi établir une disposition équivalente pour l'appel d'offres en deux étapes.

meilleure offre et non (à moins que cela ne soit expressément demandé) les meilleures offres que d'autres participants peuvent avoir faites. Si l'adjudicataire ne conclut pas le marché, une possibilité serait de permettre à l'entité adjudicatrice de négocier avec les autres soumissionnaires. Toutefois, comme on ne peut pas savoir en général qui aurait fait la deuxième meilleure offre si l'enchère s'était poursuivie (étant donné que les soumissionnaires peuvent se retirer sans avoir présenté leur meilleure offre, si les autres soumissionnaires proposent un prix trop bas), il serait nécessaire d'entamer des négociations avec tous les autres soumissionnaires. Il pourrait être demandé à tous les fournisseurs dans le dossier de sollicitation ou dans les instructions pour les enchères de présenter leur meilleure offre possible même s'il ne s'agit pas à première vue de l'offre à retenir, afin que l'on puisse savoir qui a présenté la deuxième meilleure offre. On pourrait alors recourir à la procédure habituelle prévue à l'article 36 de la Loi type pour les cas où l'adjudicataire apparent ne passe pas le marché, c'est-à-dire attribuer le marché à l'auteur de la deuxième meilleure offre. Le dossier de sollicitation pourrait également préciser qu'en pareil cas l'auteur de la deuxième meilleure offre se verrait attribuer le marché. Les autres options proposées seraient peut-être plus transparentes à certains égards, mais elles entraîneraient des retards et des frais supplémentaires. La question est examinée aux paragraphes 39 à 41 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, et le Groupe de travail voudra peut-être examiner les diverses options et la façon de les traiter, par exemple sous la forme de recommandations dans le Guide pour l'incorporation.

32. Une entité adjudicatrice peut également ne pas souhaiter attribuer un marché au soumissionnaire le mieux disant parce que le prix (ou d'autres conditions) de son offre sont tellement favorables qu'elle estime que celui-ci ne sera pas en mesure d'exécuter le marché à ces conditions (voir en outre le document A/CN.9/WG.I/WP.36). Le Groupe de travail a décidé d'examiner séparément la question des offres anormalement basses (voir en outre A/CN.9/575, par. 81 et 82, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, chap. VI).

33. Le paragraphe 7 du projet d'article 47 *ter* vise les articles de la Loi type où apparaît le mot "offre". Dans le cadre d'une procédure comprenant une enchère électronique, certains de ces articles s'appliquent aux offres initiales envisagées plus haut au paragraphe 4 a) (c'est-à-dire les offres soumises et évaluées avant la phase d'enchères proprement dite). Les articles en question sont les suivants:

e) Article 30-1 (obligation de fixer le lieu de soumission des offres ainsi qu'une date et une heure précises constituant la date limite pour la soumission des offres);

f) Article 30-2 (obligeant l'entité adjudicatrice à reporter la date limite de soumission lorsqu'elle modifie son cahier des charges);

g) Article 30-3 (report de la date limite de soumission des offres);

h) Article 30-6 (obligation de renvoyer sans les ouvrir les offres reçues après la date limite);

i) Article 33-1 (ouverture des offres à la date limite);

j) Article 34-1 a) (possibilité de demander des éclaircissements au sujet des offres);

k) Article 34-1 b) (règles relatives à la correction des erreurs);

l) Article 34-3 (concernant les offres qu'une entité ne peut pas accepter); et

m) Article 34-2 (concernant les conditions dans lesquelles une offre est conforme).

34. Le Groupe de travail souhaitera peut-être énumérer les articles ci-dessus au paragraphe 7 du projet d'article 47 *ter* ou remplacer le mot "offre" dans les diverses dispositions pertinentes. Cette dernière solution permettrait de gagner en clarté mais compliquerait la lecture de ces dispositions dans la majorité des cas où il n'est pas procédé à une enchère. Une autre solution consisterait à indiquer simplement dans le paragraphe 7 que le mot "offre" désigne également les offres initiales lorsqu'il y a lieu, une liste des articles concernés étant éventuellement fournie dans le Guide pour l'incorporation.

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être que le Guide pour l'incorporation signale aux États adoptants la possibilité de prévoir des procédures spécifiques permettant de contester le déroulement des enchères électroniques inversées, notamment en ce qui concerne l'invitation, l'exclusion de participation, la sélection des participants à des enchères comportant un nombre limité de participants, toute suspension de l'enchère, la clôture de l'enchère et l'attribution du marché. Le Groupe de travail souhaitera aussi peut-être fixer des délais de recours plus brefs (trois à sept jours par exemple) que ceux prévus pour d'autres méthodes de passation (en principe 20 jours en application de l'article 52), et indiquer si l'enchère électronique inversée peut-être rouverte en pareil cas. Cette question est examinée aux paragraphes 46 et 47 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1.

4. Texte qu'il est proposé d'ajouter au Guide pour l'incorporation en ce qui concerne le nouvel article 47 *ter*

Article 47 ter*: Déroulement de l'enchère électronique inversée pendant la phase d'enchère proprement dite*

1) Au début de l'enchère: a) les soumissionnaires participants accèdent à un écran en se connectant à l'adresse indiquée dans l'avis d'enchère ou dans l'invitation à l'enchère, selon le cas, en utilisant le numéro d'identification et le mot de passe personnel leur permettant de participer; b) l'objet de l'enchère est annoncé (en général un écran indique les articles à acquérir); c) les règles de l'enchère sont annoncées (à savoir heure de début, durée, enchère minimum, méthode de clôture, etc.); et d) les avis d'appels d'offres sont communiqués simultanément à tous les soumissionnaires. Le degré de réglementation convenant à un cas particulier peut dépendre de la taille et de la complexité du marché.

2) Les États adoptants voudront peut-être préciser si seules les offres en ligne sont acceptables ou si elles peuvent être présentées par un intermédiaire, si des raisons techniques ou des difficultés de connexion l'exigent, si chaque offre annule la précédente et doit nécessairement être plus faible que la dernière offre enregistrée par le système, si les participants qui n'ont fait aucune offre ou qui n'ont pas modifié leur offre suivant l'écart fixé sont ultérieurement exclus et si les soumissionnaires peuvent se déconnecter à tout moment.

3) La communication d'informations pendant l'enchère électronique inversée comme le prévoit le paragraphe 1 b) peut faire craindre le risque de signalisation des prix ou de collusion [*donner des précisions à ce sujet, en particulier sur le point de savoir si l'offre la plus basse du moment devrait être révélée – voir le paragraphe 29 plus haut*].

4) Les États adoptants voudront peut-être donner des indications sur la façon de clore les enchères en application du paragraphe 2. La clôture peut être effectuée automatiquement par le logiciel utilisé pour l'enchère ou, à condition de prévoir certaines garanties pour éviter le risque d'abus, par l'entité adjudicatrice. L'obligation de consigner toutes les décisions prises au cours de la procédure de passation dans le procès-verbal de la procédure devrait inclure l'obligation de donner des précisions sur la façon dont toute décision de clore l'enchère a été prise*. L'enchère peut-être close dans les cas suivants: a) à la date et à l'heure fixées au préalable et communiquées dans l'invitation à participer à l'enchère; b) lorsque les entités adjudicatrices ne reçoivent plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux; c) lorsque le nombre de phases d'enchères, fixé dans l'invitation à participer à l'enchère, a été réalisé, et d) si des motifs sérieux et objectifs le justifient (auquel cas, le motif devrait être communiqué immédiatement sur le site Web de l'enchère). Dans la pratique, plus la valeur et la complexité du marché sont importantes, plus les enchères électroniques inversées durent. On a constaté qu'il était rare qu'elles soient closes à l'expiration d'un délai fixe (appelé "délai de clôture définitive"). Généralement, l'heure de clôture est automatiquement repoussée d'une durée spécifiée (par exemple cinq minutes) si une nouvelle offre plus basse ou une offre modifiant la tête du classement est reçue dans les dernières minutes (par exemple dans les deux minutes précédant le délai de clôture). Ces prolongations peuvent se succéder pendant une durée indéterminée (on parle alors de "clôture provisoire illimitée") ou leur nombre peut être limité (par exemple à un maximum de trois prolongations de cinq minutes). Cette procédure se poursuit jusqu'à ce que plus aucune offre inférieure ne soit soumise pendant la période fixée avant la clôture [*insérer d'autres indications concernant la clôture de l'enchère – voir le paragraphe 30 plus haut*].

5) Le paragraphe 2 c) protège l'anonymat des soumissionnaires avant la clôture de l'enchère électronique inversée [*insérer des indications concernant les articles 33-2 et 3 – voir le paragraphe 28 plus haut*].

---

* Pour un examen plus approfondi de l'obligation de tenir un procès-verbal de la procédure de passation conformément à l'article 11 de la Loi type et de faire en sorte que l'on puisse vérifier et retrouver la trace de chaque décision prise au cours de cette procédure (et que les opérations automatiques de traitement de données ou de calcul puissent être reconstituées), voir la section III.F du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1.

6) S'agissant du paragraphe 3, pour prévenir les abus, toute décision de suspendre une enchère et les raisons de cette suspension devraient être consignées dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché**. De même, le paragraphe 4 est destiné à éviter le risque d'abus si des communications entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires sont possibles.

7) Le terme "offre à retenir" utilisé au paragraphe 5 est aussi celui utilisé à l'article 34-4 b): il désigne l'offre retenue à la fin de la procédure normale de passation du marché. Les États adoptants voudront peut-être disposer par voie réglementaire que le nom de l'adjudicataire sera affiché immédiatement dès la clôture de l'enchère à l'adresse Internet indiquée dans le dossier d'invitation et que la teneur de l'avis annonçant l'offre qui l'a emporté, notamment l'identité et les coordonnées de l'adjudicataire et le prix de son offre, seront communiqués.

** Pour un examen plus approfondi de l'obligation de tenir un procès-verbal de la procédure de passation conformément à l'article 11 de la Loi type et de faire en sorte que l'on puisse vérifier et retrouver la trace de chaque décision mise au cours de cette procédure, voir les paragraphes 45 et 46 du document A/CN.9/WG.I/WP.38.

A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

[Les chapitres Ier à IV figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.40]

Paragraphes

V. Projets de dispositions permettant le recours aux enchères électroniques inversées dans les procédures de passation de marchés menées dans le cadre de la Loi type . 1-20

A. Modifications à certains articles du texte de 1994 afin de permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans les procédures de passation 1-20

1. Remarques générales 1-2

2. Proposition de modification de l'article 11 de la Loi type concernant le procès-verbal de la procédure de passation des marchés 3

3. Proposition de modification de l'article 18 de la Loi type concernant les méthodes de passation des marchés 4-5

4. Propositions de modification de l'article 25 de la Loi type tendant à ce que l'invitation à soumettre une offre et l'invitation à présenter une demande de présélection indiquent si une enchère électronique inversée aura lieu 6

5. Propositions de modification de l'article 27 de la Loi type tendant à ce que l'entité adjudicatrice fournisse tous les renseignements pertinents dans le dossier de sollicitation 7-8

6. Propositions de modification de l'article 28 de la Loi type concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation 9-11

7. Propositions de modification de l'article 31 de la Loi type concernant la période de validité des offres, la modification et le retrait des offres ainsi que de l'article 32 de la Loi type concernant les garanties de soumission. 12-13

8. Propositions de modification de l'article 34-1 de la Loi type concernant l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres 14-15

9. Propositions de modification de l'article 34-8 de la Loi type en vue d'autoriser la divulgation d'informations lors d'une enchère électronique inversée 16-17

10. Autres questions à aborder dans les dispositions réglementaires en matière de passation des marchés et dans le Guide pour l'incorporation. 18-20

VI. Offres anormalement basses 21-29

A. Propositions de modification de l'article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres 23-29

11. Propositions d'ajouts à l'article 34 pour permettre d'examiner les offres anormalement basses et de les rejeter 23-26

12. Propositions visant à modifier le texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34, de façon à permettre l'examen et le rejet d'offres anormalement basses. 27-29

V. Projets de dispositions permettant le recours aux enchères électroniques inversées dans les procédures de passation de marchés menées dans le cadre de la Loi type

A. Modifications à certains articles du texte de 1994 afin de permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans les procédures de passation

1. Remarques générales

1. Le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur la nécessité d'apporter les modifications ci-après au texte de la Loi type de façon à tenir dûment compte du recours aux enchères électroniques inversées dans les procédures de passation, si le Groupe de travail décide d'inclure dans le texte révisé de la Loi type une version des projets d'articles 19 *bis*, 47 *bis* et 47 *ter* proposés (pour ces projets de textes et les commentaires s'y rapportant, voir le document A/CN.9/WG.I/WP.40).

2. Pour faciliter les délibérations du Groupe de travail, le texte de la Loi type de 1994 est reproduit ci-dessous (en caractères normaux) et, dans chaque cas, le texte qu'il est proposé d'ajouter est souligné. Ce mode de présentation sera suivi pour chaque ajout aux articles existants de la Loi type proposé dans la présente note.

2. Proposition de modification de l'article 11 de la Loi type concernant le procès-verbal de la procédure de passation des marchés

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être faire figurer dans la liste d'éléments d'information visée à l'article 11 (Procès-verbal de la procédure de passation des marchés), la mention du fait qu'un marché a été passé au moyen d'enchères électroniques inversées:

Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

…

i) *bis*) Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours à une méthode de passation conformément à l'article 19 *bis*, le fait qu'une enchère électronique inversée a été tenue.

3. Proposition de modification de l'article 18 de la Loi type concernant les méthodes de passation des marchés

4. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article 18 énonçant les méthodes de passation à la disposition des entités adjudicatrices devrait, dans son paragraphe 2, faire référence comme suit à l'article autorisant le recours aux enchères électroniques inversées:

Article 18. Méthodes de passation

1. Sauf disposition contraire du présent chapitre, une entité adjudicatrice désireuse de passer un marché de biens ou de travaux recourt à la procédure de l'appel d'offres.

2. Pour la passation d'un marché de biens ou de travaux, l'entité adjudicatrice ne peut utiliser une méthode de passation des marchés autre que l'appel d'offres qu'en application des articles 19, 19 *bis*, 20, 21 ou 22.

5. Le paragraphe 3 de l'article 18 de la Loi type permettrait le recours aux enchères électroniques inversées pour la passation d'un marché de services; le Groupe de travail souhaitera peut-être toutefois le préciser dans le texte du Guide pour l'incorporation sur la question.

4. Propositions de modification de l'article 25 de la Loi type tendant à ce que l'invitation à soumettre une offre et l'invitation à présenter une demande de présélection indiquent si une enchère électronique inversée aura lieu

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si l'utilisation de l'enchère électronique inversée comme méthode de passation devrait être subordonnée à l'indication par l'entité adjudicatrice, dans l'invitation à soumettre une offre ou dans l'invitation à présenter une demande de présélection, selon le cas, du fait qu'une telle enchère aura lieu. Une telle disposition aurait pour objet d'assurer la transparence de la procédure.

Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection

1. L'invitation à soumettre une offre comporte, au minimum, les renseignements suivants:

…

d) *bis* Une indication précisant si la procédure d'appel d'offres doit être menée au moyen d'enchères électroniques inversées en application des articles 47 *bis* et *ter*[a];

---

[a] Pour le texte des projets d'articles 47 *bis* et *ter*, voir le document A/CN.9/WG.I/WP.40, chap. IV.

…

j) Le lieu et le délai de soumission des offres ou, si la procédure d'appel d'offres est menée au moyen d'enchères électroniques inversées en application des articles 47 *bis* et *ter*, la date et l'heure de l'ouverture de l'enchère électronique inversée.

5. Propositions de modification de l'article 27 de la Loi type tendant à ce que l'entité adjudicatrice fournisse tous les renseignements pertinents dans le dossier de sollicitation

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si l'entité adjudicatrice devrait être tenue de fournir dans le dossier de sollicitation tous les renseignements permettant aux fournisseurs et aux entrepreneurs de décider de participer ou non à l'enchère, ou s'il faudrait lui donner la possibilité de fournir ces renseignements dans l'invitation à participer à l'enchère électronique inversée dans le cadre du projet d'article 47 *bis* proposé. Comme il est indiqué au chapitre IV du document A/CN.9/WG.I/WP.40 à propos du déroulement des enchères, le Groupe de travail souhaitera peut-être traiter la question des renseignements à fournir pour une enchère électronique inversée dans la Loi type ou dans un projet de dispositions réglementaires, un commentaire approprié étant inséré dans le Guide pour l'incorporation dans l'un ou l'autre cas. Le texte ci-après est présenté en tant que projet d'article de la Loi type, mais les alinéas n) i) à n) ix) pourraient revêtir la forme de projets de dispositions réglementaires, de sorte que l'obligation énoncée dans la Loi type serait de fournir tous les renseignements nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère. Ces renseignements sont les mêmes que ceux proposés à l'article 47 *bis* en ce qui concerne l'invitation à participer à l'enchère électronique inversée. Une autre possibilité serait d'indiquer de façon détaillée les renseignements pertinents dans des dispositions réglementaires ou des orientations, selon le cas.

Article 27. Teneur du dossier de sollicitation

27. Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants:

…

n) *bis* Lorsque la procédure d'appel d'offres doit être menée au moyen d'enchères électroniques inversées conformément à l'article 47 *bis*, une indication à cet effet, ainsi que:

[i) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère électronique inversée;

ii) L'adresse du site Web où se tiendra l'enchère électronique inversée et où les règles de l'enchère, le dossier d'appel d'offres et les autres documents pertinents seront accessibles;

iii) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;

iv) Les éléments de l'offre qui seront soumis à l'enchère;

v) Lorsque l'attribution est faite à l'offre la plus basse résultant de l'évaluation, la formule à utiliser pour quantifier les éléments autres que le

prix devant être présentés à l'enchère. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre la plus basse résultant de l'évaluation;

vi) Les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et, s'il y a lieu, la façon dont elles seront mises à leur disposition et le moment où elles le seront;

vii) Toutes les informations pertinentes concernant la procédure d'enchère proprement dite, y compris les données d'identification éventuelles pour la passation du marché, les caractéristiques techniques que doit avoir le matériel informatique à utiliser et la question de savoir si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'elles);

viii) Les conditions dans lesquelles les soumissionnaires peuvent enchérir et, en particulier, tout écart minimum concernant les prix ou d'autres éléments qui [est exigé pour enchérir] [qui doit être respecté par toute nouvelle enchère présentée au cours de la procédure] [et le laps de temps que l'entité adjudicatrice laisse s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère];

ix) Toutes les informations pertinentes concernant le dispositif électronique utilisé et les modalités et spécifications techniques de connexion;

x)] Toutes les [autres] informations nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère. [Les dispositions règlementaires régissant la passation des marchés peuvent prescrire les informations devant être ainsi fournies.]

8. Les paragraphes 16 à 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 décrivent les dispositions équivalentes d'autres systèmes de passation existants.

6. Propositions de modification de l'article 28 de la Loi type concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation

9. L'article 28-2 permet à l'entité adjudicatrice de modifier le dossier à tout moment avant la date limite de soumission des offres. Cependant, dans le contexte d'une enchère électronique inversée, s'il convient peut-être d'autoriser des modifications avant la soumission des offres initiales (exigées par l'article 47 *bis*-3), on pourrait interdire toute modification entre ce moment et l'ouverture de l'enchère compte tenu des difficultés pratiques et des frais qui en résulteraient pour les entrepreneurs et les fournisseurs.

10. Le paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 décrit les dispositions équivalentes d'autres systèmes de passation existants.

11. Si le Groupe de travail estime que le dossier de sollicitation ne devrait pas être modifié après la soumission des offres initiales, l'article 28-2 pourrait être modifié comme suit:

Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation

…

2. À tout moment avant la date limite de soumission des offres, ou des offres initiales dans le cas d'une procédure d'enchères électroniques inversées devant se tenir conformément à l'article 47 *bis*, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, ...

7. Propositions de modification de l'article 31 de la Loi type concernant la période de validité des offres, la modification et le retrait des offres ainsi que de l'article 32 de la Loi type concernant les garanties de soumission

12. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de réviser les règles régissant le retrait et la modification des offres initiales avant la phase d'enchère. L'article 31 de la Loi type, selon lequel les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation, convient pour les enchères électroniques inversées du fait qu'il appartient à l'entité adjudicatrice de spécifier la période de validité. Cependant, l'article 31-3 dispose ensuite que les offres peuvent être retirées avant la date limite de soumission. Lorsqu'une enchère électronique inversée est tenue, le Groupe de travail jugera peut-être utile de permettre le retrait des offres avant la date limite de soumission des offres initiales, mais pas au-delà. Le paragraphe 3 de l'article 31, qui permet de retirer ou de modifier une offre avant la date limite de soumission des offres sans perte de la garantie de soumission, pourrait donc être modifié, un commentaire approprié étant inséré dans le Guide pour l'incorporation.

Article 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

…

3. Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de soumission des offres, ou des offres initiales dans le cas d'une procédure d'enchères électroniques inversées devant se tenir conformément aux article 47 *bis* et 47 *ter*, sans perdre sa garantie.

13. En conséquence, il pourrait aussi être nécessaire de modifier comme indiqué ci-après l'article 32-1 (qui cite le retrait de l'offre avant la date limite de soumission parmi les éventualités pouvant être couvertes par une garantie de soumission) et l'article 32-2 d) (qui prévoit le retour de la garantie de soumission lorsque l'offre est retirée avant la date limite de soumission des offres), un commentaire approprié étant inséré dans le Guide pour l'incorporation.

Article 32. Garanties de soumission

…

1. f) i) Le retrait ou la modification de l'offre après la date limite de soumission des offres, ou des offres initiales dans le cas d'une procédure d'enchères électroniques inversées devant se tenir conformément aux articles 47 *bis* et 47 *ter*, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;

…

2. d) Le retrait de l'offre avant la date limite de soumission des offres, ou des offres initiales dans le cas d'une procédure d'enchères électroniques inversées

devant se tenir conformément à l'article 47 *bis*, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

8. Propositions de modification de l'article 34-1 de la Loi type concernant l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres

14. L'article 34-1 a) de la Loi type dispose ce qui suit:

Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. 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;

15. Ainsi, selon cette dernière phrase, aucune modification de fond ne peut être demandée, proposée, ni autorisée au cours de l'évaluation des offres. Les offres étant modifiées au cours d'une enchère électronique inversée, cette disposition n'est pas compatible avec la tenue d'enchères. Elle demeure toutefois pertinente en ce qui concerne les autres modifications d'offres. Le Groupe de travail souhaitera peut-être l'adapter aux enchères en ajoutant les mots ci-après à la fin de la phrase:

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, excepté dans la mesure où des éléments de l'offre sont soumis à une enchère électronique inversée en application des articles 47 *bis* et 47 *ter*.

9. Propositions de modification de l'article 34-8 de la Loi type en vue d'autoriser la divulgation d'informations lors d'une enchère électronique inversée

16. L'article 34-8 dispose ce qui suit:

8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification, à l'évaluation et à la comparaison des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à toute autre personne ne participant pas officiellement à l'examen, à l'évaluation ou à la comparaison des offres et n'intervenant pas dans le choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions de l'article 11.

17. Toutefois, comme le processus d'enchères implique nécessairement que des informations relatives aux autres offres soient révélées au cours de la phase d'enchère (mais pas l'identité des soumissionnaires, comme l'indique le projet d'article 47 *ter* 2 c) dans le chapitre IV du document A/CN.9/WG.I/WP.40), il faudrait, dans le cas des enchères, faire en sorte que cette disposition ne s'applique pas à certaines informations, en ajoutant les mots "et de l'article 47 *ter* 2 c)" à la fin de l'article. Les paragraphes 30 à 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 décrivent les dispositions équivalentes d'autres systèmes de passation existants.

10. Autres questions à aborder dans les dispositions réglementaires en matière de passation des marchés et dans le Guide pour l'incorporation

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être traiter plus en détail certaines questions relatives aux enchères dans des dispositions réglementaires et dans le

Guide pour l'incorporation. Par exemple, eu égard au caractère nouveau de cette méthode de passation, il serait peut-être utile de fournir dans le Guide des orientations sur la question de savoir quand recourir à cette procédure et comment la mener dans le cadre de la Loi (voir également l'exposé des conditions d'utilisation au chapitre III du document A/CN.9/WG.I/WP.40).

19. Le Groupe de travail ayant exprimé la crainte de voir se développer des pratiques qui divergent et s'écartent des principes de la Loi type (A/CN.9/575, par. 61), il souhaitera peut-être donner des orientations plus détaillées que celles figurant actuellement dans le Guide sur les questions de procédure, par exemple sur la nécessité de former les fournisseurs, l'organisation d'enchères simulées et les conflits d'intérêts pouvant découler du recours à des organismes de passation de marchés centralisés ou privés.

20. En outre, il serait peut-être nécessaire de fournir des orientations sur les règles à appliquer en cas de problème technique, rencontré soit par un fournisseur soit par l'entité adjudicatrice, au cours de la phase d'enchère, tel qu'une déconnexion ou une défaillance matérielle. Plusieurs solutions sont possibles: par exemple offrir un service permettant aux fournisseurs de transmettre des instructions par téléphone s'ils rencontrent des problèmes, ou encore prolonger l'enchère ou la suspendre provisoirement (voir, par exemple, le système brésilien décrit au paragraphe 30 du document A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1). L'article 30-3 de la Loi type dispose de manière générale que l'entité adjudicatrice peut à son gré reporter la date limite, ce qui, en l'absence de modification, s'appliquerait aux enchères. Le Groupe de travail souhaitera peut-être établir des règles plus détaillées sur cette question ou exiger qu'une telle décision ainsi que des motifs soient consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché (voir également A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, sect. III. F).

VI. Offres anormalement basses

21. Le Groupe de travail a décidé de traiter de façon distincte la question des offres anormalement basses (voir, en outre, les documents A/CN.9/575, par. 81 et 82, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 31). À sa septième session, il a prié le secrétariat de lui soumettre des projets de textes sur le sujet (A/CN.9/575, par. 76 et 79 à 82). Une offre est anormalement basse quand "on estime peu probable qu'un soumissionnaire puisse exécuter le marché [au prix soumissionné] ... sauf au détriment de la qualité de la main-d'œuvre ou des matériaux ou en travaillant à perte ... Un prix anormalement bas pourrait aussi dans certains cas indiquer une collusion entre soumissionnaires" (A/CN.9/WG.V/WP.22).

22. À sa septième session, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait modifier la Loi type de façon à permettre à des entités adjudicatrices de vérifier si des offres sont anormalement basses en recourant à une procédure de justification de prix.

A. Propositions de modification de l'article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres

11. Propositions d'ajouts à l'article 34 pour permettre d'examiner les offres anormalement basses et de les rejeter

23. Étant donné qu'une offre peut paraître anormalement basse aussi bien en raison des qualifications du fournisseur que de l'offre soumise, le Groupe de travail souhaitera peut-être d'abord envisager le projet d'ajout suivant à l'article 34-4 b) de la Loi type:

Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres

4. b) L'offre à retenir est celle qui est soumise par un fournisseur jugé pleinement qualifié pour exécuter le marché et qui est:

i) L'offre proposant le prix le plus bas, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa d) du présent paragraphe; ou ...

24. Le Groupe de travail a toutefois estimé que cette disposition ne suffirait pas à elle seule à répondre aux craintes liées aux offres anormalement basses (A/CN.9/575, par. 80), et qu'il faudrait prévoir d'autres dispositions à l'article 34 ainsi que des orientations dans le Guide pour l'incorporation.

25. À cet égard, le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui soumettre des propositions de textes à insérer en tant que nouvel article 34-3 d) *bis* ou à un autre endroit dans la Loi type, disposant que, si un prix soumissionné est anormalement bas et suscite des craintes justifiées quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, l'entité adjudicatrice est autorisée à rejeter l'offre (A/CN.9/575, par. 79). Il a en outre noté que ce rejet serait soumis à deux conditions: que le soumissionnaire ait eu la possibilité d'expliquer ses prix dans le cadre d'une procédure de justification, et que le motif du rejet figure dans le procès-verbal de passation de marché, de sorte que toute contestation puisse être examinée en regard de ce motif.

26. Par conséquent, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'insérer le projet de texte suivant dans la Loi type:

Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres

…

3. L'entité adjudicatrice n'accepte pas une offre:

…

d) *bis*. Si le prix soumissionné est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, et suscite des craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, à condition:

i) qu'elle ait demandé par écrit, conformément à l'article 34-1 a), des précisions sur la composition de l'offre suscitant des craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat;

ii) qu'ayant pris en compte les informations fournies, ses craintes persistent; et

iii) qu'elle ait consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché qu'elle est tenue de dresser, conformément à l'article 11, les craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, les motifs de ces craintes, ainsi que toutes communications entre l'entité adjudicatrice et le soumissionnaire s'y rapportant.

12. Propositions visant à modifier le texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34, de façon à permettre l'examen et le rejet d'offres anormalement basses

27. Premièrement, conformément à l'instruction donnée par le Groupe de travail au paragraphe 79 du document A/CN.9/575, on pourrait modifier l'actuel paragraphe 1 du Guide concernant l'article 34-1 a) en supprimant comme suit l'indication selon laquelle l'entité adjudicatrice ne serait pas habilitée à solliciter des éclaircissements au sujet d'une offre qui semble anormalement basse:

1. Le paragraphe 1 a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs ou entrepreneurs des éclaircissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune modification des offres quant au fond. ~~L'alinéa 1 b), qui fait référence à la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumissionné anormalement bas semblant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre.~~

28. Un commentaire supplémentaire pourrait alors être inséré comme suit:

1. *bis*. Des éclaircissements peuvent être demandés en vertu du paragraphe 1 b), si l'entité adjudicatrice soupçonne par exemple qu'une offre anormalement basse, pouvant résulter d'un malentendu ou d'autres erreurs non apparentes dans l'offre, a été soumise. Une offre est réputée être anormalement basse si le prix soumissionné semble irréaliste, c'est-à-dire s'il est inférieur au prix de revient ou s'il risque de rendre impossible l'exécution du marché ou la réalisation d'une marge bénéficiaire normale. Du point de vue de l'entité adjudicatrice, une offre anormalement basse comporte le risque que le contrat ne puisse pas être exécuté, ou ne puisse pas l'être au prix soumissionné, ce qui peut entraîner des frais et des délais supplémentaires. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter un tel risque lié à l'exécution.

1. *ter*. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'entité adjudicatrice donne au fournisseur ou à l'entrepreneur la possibilité de justifier le prix soumissionné, en lui demandant par écrit les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes. Ces précisions peuvent comprendre:

a) L'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

b) Les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux ou pour fournir les produits ou les services;

c) L'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire.

1. *quater.* L'entité adjudicatrice devrait tenir compte de la réponse fournie lorsqu'elle évalue les offres. Elle peut recourir à une procédure de justification de prix pour toute passation de marché, notamment au moyen d'enchères électroniques inversées (la procédure pouvant être suspendue à cette fin), et elle devrait consigner toutes les informations pertinentes dans le procès-verbal de la procédure de passation qui doit être dressé conformément à l'article 11. L'offre ne peut être rejetée en tant qu'offre anormalement basse en vertu de l'article [34-3 d) *bis*] que si une procédure de justification du prix a été menée et que les informations fournies n'ont pas écarté les craintes de l'entité adjudicatrice.

1. *quinquies.* Les États adoptants souhaiteront peut-être aussi prendre certaines ou l'ensemble des mesures suivantes pour aider à prévenir les offres anormalement basses:

a) Sensibiliser les intéressés aux effets préjudiciables des offres anormalement basses, former les personnes chargées de la passation des marchés et faire en sorte que l'entité adjudicatrice dispose de ressources et d'informations suffisantes, notamment de prix de référence ou de prix de marché lorsque c'est possible;

b) Veiller à ce qu'une importance appropriée soit accordée tant au critère de prix qu'aux autres critères dans la procédure de passation;

c) Prévoir suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure;

d) Appliquer des critères de qualification efficaces et autoriser la compilation d'informations exactes et détaillées sur les qualifications et les antécédents d'un soumissionnaire;

e) Veiller à ce que les spécifications soient rédigées aussi clairement que possible et, s'il y a lieu, à faire participer les fournisseurs potentiels à la phase de rédaction;

f) Indiquer dans le dossier de sollicitation que l'entité adjudicatrice n'est pas obligée d'accepter l'offre la plus basse ni du reste aucune offre, et qu'elle peut, en plus éventuellement des critères de qualification, analyser le risque et le prix;

g) Assurer une évaluation complète des qualifications et des offres des soumissionnaires, y compris une analyse du risque et du prix (prenant en compte les coûts de maintenance et de remplacement s'il y a lieu);

h) Exiger une justification du prix comme indiqué au paragraphe [renvoi au paragraphe pertinent] ci-dessus si une offre semble anormalement basse;

i) Indiquer les facteurs dont les entités adjudicatrices pourraient tenir compte lorsqu'elles évaluent les réponses des fournisseurs priés de justifier leur prix;

j) Renforcer l'interdiction générale de négocier après la soumission des offres et limiter de manière appropriée les négociations;

k) Exiger que toutes les mesures prises pour traiter une offre susceptible d'être anormalement basse soient dûment consignées dans le procès-verbal de la procédure.

29. Deuxièmement, le Groupe de travail notera que certaines des mesures énumérées au paragraphe précédent se rapportent à une phase de la procédure qui n'est pas actuellement réglementée par la Loi type, à savoir la phase préalable à la passation ou phase de planification. Si le Groupe de travail estime qu'il convient de traiter cette phase dans le commentaire, il souhaitera peut-être également, par souci d'équilibre, traiter la phase d'administration du marché et notamment les questions suivantes: les limites à la possibilité de modifier le marché attribué, le strict respect des spécifications, les relations entre entrepreneur et sous-traitant et les mesures adéquates de règlement des litiges dans le cas où il serait nécessaire de résilier le marché ou de révoquer l'entrepreneur. La Loi type ne comprend pas actuellement d'article auquel un tel commentaire pourrait être rattaché mais, à la lumière de ce qui précède, celui-ci pourrait être inséré dans le commentaire de l'actuel article 34. La question plus générale de savoir si la Loi type devrait ou non régir la phase d'administration du marché est traitée plus en détail aux paragraphes 12 et 13 du document A/CN.9/WG.I/WP.38.

E. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa neuvième session (New York, 24-28 avril 2006) (A/CN.9/595) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-2

II. Organisation de la session 3-8

III. Délibérations et décisions 9-10

IV. Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services 11-111

A. L'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1) 11-86

1. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents 11-22

2. Critères d'accessibilité 23-38

3. Forme des communications 39-46

4. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement 47-48

5. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché 49-51

6. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix 52-63

7. Ouverture électronique des offres 64-65

8. Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés 66-79

9. Questions en suspens 80-86

B. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.43) 87-111

1. Remarques générales 87-94

2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées 95-104

3. Procédures préalables à la phase d'enchère 105-111

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 entamé ces travaux à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). Pour les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième à huitième sessions, voir A/CN.9/568, A/CN.9/575 et A/CN.9/590.

2. À sa trente-huitième session, en 2005, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172).

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa neuvième session à New York du 24 au 28 avril 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Mexique, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Corée, République tchèque, Singapour, Sri Lanka, Suède, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Uruguay.

4. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Bolivie, Cap-Vert, El Salvador, Indonésie, Mali, République démocratique du Congo et Philippines.

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

a) *Système des Nations Unies*: Secrétariat de l'ONU et Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Banque africaine de développement (BAD), Banque interaméricaine de développement (BID), Commission européenne, Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et Organisation mondiale du commerce (OMC);

(c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau (AIB) et International Law Institute (ILI).

6. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Stephen R. KARANGIZI (Ouganda)

Rapporteur: M. Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN (Colombie)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.41);

b) Une note sur l'utilisation des communications et de la publication électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1);

c) Une note sur les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1);

d) Une étude comparative des accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1); et

e) Une note concernant les listes de fournisseurs (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1).

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 de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

9. À sa neuvième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.43). L'examen des autres parties de A/CN.9/WG.I/WP.43, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.44 et A/CN.9/WG.I/WP.45 et de leurs additifs a été reporté à la prochaine session du Groupe de travail.

10. Le vendredi matin, le secrétariat a présenté brièvement les révisions que le Groupe de travail avait demandé de voir apporter aux projets de texte pour la Loi type et le Guide, concernant l'utilisation des moyens électroniques de communication dans la passation des marchés et les enchères électroniques inversées, pour tenir compte de ses délibérations à la session en cours. Le Groupe de travail a aussi entendu un exposé récapitulatif sur les autres thèmes qui restaient à son ordre du jour (énumérés dans A/60/17, par. 171) et des informations sur les travaux d'autres organisations régionales et internationales dans le domaine de la

passation des marchés[1]. Le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies contre la corruption était récemment entrée en vigueur et que, même si les principaux éléments des dispositions de cette Convention relatives à la passation des marchés étaient compatibles avec la Loi type, les exigences en matière de dispositions relatives au recours interne et les dispositions concernant les conflits d'intérêts allaient au-delà des dispositions actuelles de la Loi type et pourraient justifier que le Groupe de travail s'y intéresse en temps voulu.

IV. Examen des propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. L'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1)

1. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 7 à 16, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 1 et 2)

Article 4 bis

11. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites en ce qui concerne le nouveau texte proposé pour l'article 4 *bis*: i) employer le terme "moyens de communication" au lieu de "méthodes de communication", de manière à éviter toute confusion dans la mesure où le mot "méthodes" était déjà employé dans la Loi type et dans le Guide dans le contexte des méthodes de passation des marchés, et également pour se conformer au texte de la Loi type sur le commerce électronique; ii) supprimer le texte entre crochets, sauf dans le cas du renvoi; iii) placer une liste illustrative d'exemples des "moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" de communication dans le Guide pour l'incorporation et supprimer les références obsolètes; iv) supprimer les mots "moyens comparables", du fait que ces moyens ne sont pas définis, mais garder les exemples énumérés dans le texte de la Loi type; v) terminer l'article par "satisfasse à l'article 4 [*ter*]"; vi) ajouter les mots "la communication d'" après les mots "relative à" et une référence à "message de données"; et vii) remplacer le mot "notamment" dans la deuxième série de crochets par "tels que".

12. Le Groupe de travail a noté que l'adoption de certaines des suggestions ci-dessus aboutirait à un texte qui s'écarterait des dispositions équivalentes figurant dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[2] et d'autres textes de la CNUDCI. Il a néanmoins été convenu que l'adoption de certaines des modifications proposées

---

[1] Les représentants de la Banque africaine de développement, de la Banque interaméricaine de développement, du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe et de l'Organisation mondiale du commerce ont fourni au Groupe de travail des informations à ce sujet. Pour une récapitulation de leurs travaux dans le domaine de la passation des marchés, voir A/CN.9/598/Add.1.

[2] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale.

simplifierait et rendrait plus rationnel le texte pour les objectifs spécifiques de la Loi type, et que le Guide expliquerait que la disposition allait dans le même sens que les autres textes de la CNUDCI.

13. Le Groupe de travail a été d'accord avec certaines des suggestions proposées et a décidé que l'article devrait être modifié comme suit:

> **"Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre ~~[~~tous les moyens~~] [toutes les méthodes]~~ de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents**
>
> Toute disposition de la présente Loi relative à la communication d'un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme ~~incorporant [tout moyen utilisé à cet effet, y compris]~~ comprenant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet]~~[, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie],~~ à condition que le moyen choisi satisfasse ~~[aux dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à]~~ à l'article [4 *ter*]."

14. Il a été convenu que le Guide contiendrait une liste illustrative d'exemples des "moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" supprimés du texte de l'article, qui serait actualisée, en particulier pour ce qui était des références au télex et au télégraphe. D'un autre côté, il a été souligné que les moyens de communication obsolètes différeraient selon les pays et que les dispositions devraient donc tenir compte du niveau de pénétration des divers types de communication et de technologie électroniques sur les marchés concernés. Il a également été convenu que le Guide indiquerait que les dispositions de l'article étaient censées être interprétées largement de manière à englober toutes dispositions de la Loi type impliquant la présence physique ou un environnement papier.

15. Le Groupe de travail a noté une certaine contradiction entre le principe de "neutralité technologique" contenu dans l'article 4 *bis* et l'article 9-3 proposé où il est fait référence à une technologie spécifique, contradiction qui devrait être réexaminée en temps utile.

16. À propos de l'emplacement des dispositions de l'article 4 *bis*, certains représentants ont été d'avis que ces dispositions devraient être incluses soit à l'article 4 *ter* soit à l'article 9. Une autre suggestion a été de les placer à la fin de l'article 2 (Définitions). On a fait observer toutefois que l'article 4 *bis* proposé ne donnait pas de définition mais contenait un principe fondamental qui s'appliquerait dans toute la Loi type. C'est pourquoi il a été proposé de conserver les dispositions de l'article 4 *bis* sous forme d'article distinct au début de la Loi type, peut-être en tant qu'article 2 *bis*. D'un autre côté, il a été noté que ce placement des dispositions dans un article distinct en début de texte entraînerait une importante renumérotation des articles de la Loi type. Il a été indiqué que le Groupe de travail devrait avoir présent à l'esprit l'impact qu'une renumérotation et d'autres changements dans la structure de la Loi type, découlant des révisions, aurait sur les pays qui avaient adopté des lois sur la passation des marchés publics en s'inspirant de la Loi type. Il a été proposé dans ce contexte que, par souci de clarté, chaque nouvelle disposition et toutes les dispositions modifiées soient accompagnées d'une note explicative appropriée.

17. Après l'examen des articles 4 *ter* et 9 par le Groupe de travail, d'autres modifications concernant le texte de l'article 4 *bis*, son titre et son emplacement ont été proposées (voir par. 36 et 37 ci-dessous).

Texte du Guide pour l'incorporation

18. Il a été estimé que, dans le texte du Guide pour l'incorporation concernant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, le mot "communications" devrait être remplacé par les mots "moyens électroniques", là où il y avait lieu, la notion de communications dans le texte de la Loi type ayant une portée très large, et que des commentaires sur le rôle et la place de la passation électronique dans la dématérialisation des procédures gouvernementales devraient être ajoutés.

19. En ce qui concerne le texte figurant au paragraphe 2 après le sous-titre i), il a été signalé que certains éléments faisant référence à l'administration des marchés et à l'application des règles et des politiques devraient être supprimés car ils n'entraient pas dans le champ d'application de la Loi type (voir toutefois par. 81 à 86 ci-dessous); que la traduction française de l'expression "electronic procurement" qui se réfère à des "procédures dématérialisées" et non à la "passation électronique des marchés" – traduction plus littérale de l'expression anglaise – a une portée plus large et que le libellé dans les deux langues devait donc être réexaminé et harmonisé; et que les paragraphes 3 et 4 devraient être alignés sur l'article 4 *ter.*

20. En ce qui concerne le texte figurant au paragraphe 7 après le sous-titre ii), il a été convenu qu'il fallait supprimer les mots "par tous" après le mot "lisibles". On a dans un premier temps exprimé la crainte que la référence suivante au caractère "inaltérable" puisse être interprétée comme imposant aux communications électroniques des exigences plus strictes qu'aux communications sur papier; le Guide devait donc préciser le délai envisagé. Le Groupe de travail est toutefois convenu qu'aucune précision n'était nécessaire sur ce point car le texte énumérait simplement les exigences qualitatives applicables aussi bien aux communications électroniques qu'à celles sur papier, par exemple qu'elles ne devaient pas se détériorer avec le temps.

21. En ce qui concerne le texte figurant au paragraphe 14 après le sous-titre ii), il a été proposé de préciser la première phrase de sorte qu'elle énonce clairement les situations dans lesquelles la Loi type exige l'utilisation de moyens électroniques, comme dans le cas d'enchères électroniques inversées ou lorsqu'une entité adjudicatrice l'exige expressément. Le texte fournirait aussi plus d'orientations sur l'impact des différents degrés de recours au commerce électronique par les États adoptants.

22. Il a été dit que, conformément à la structure actuelle du Guide, aucun sous-titre ne serait nécessaire.

2. Critères d'accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 17 à 19, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 3)

Article 4 ter

23. Le Groupe de travail a rappelé que le texte proposé pour l'article 4 *ter* comportait quatre éléments abordant la question du moyen de communication

(terme qui englobe la publication, l'échange ou la conservation d'informations ou de documents, la tenue de réunions ainsi que la soumission et l'ouverture d'offres) sous les angles suivants:

a) La non-discrimination;

b) Le fait de ne pas constituer d'obstacle au processus de passation des marchés;

c) La disponibilité générale; et

d) La compatibilité générale avec d'autres moyens de communication utilisés.

24. Diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne ceux de ces éléments qui devraient être conservés dans l'article 4 *ter* proposé.

25. Il a été indiqué que le terme "critères d'accessibilité" dans le titre de l'article proposé pouvait avoir des connotations non voulues, la notion d'"accessibilité" étant désormais associée à des droits civils d'accès en tant que concept général concernant certains groupes minoritaires. En conséquence, on a proposé comme variante le terme "disponibilité". Il a été noté que le terme "accessibility" en anglais était employé à l'article 5 de la Loi type actuelle (faisant référence à l'accès du public aux textes juridiques relatifs aux marchés) et qu'il désignait un concept plus vaste que la "disponibilité" (qui est davantage basée sur les faits). D'un autre côté, on a fait observer que si l'entité adjudicatrice était tenue de prendre en compte la notion d'"accessibilité", de ce point de vue, elle serait peut-être amenée à supporter le coût d'assurer l'accès, ce qui serait onéreux et pourrait dépasser les objectifs du Groupe de travail. Le Groupe de travail a donc décidé qu'il faudrait employer le terme "disponibilité" de façon à éviter toute connotation non voulue.

26. Il a été noté que la principale question à traiter dans cet article était la non-discrimination dans les communications et que cette notion apparaissait déjà au paragraphe 3 de l'article 9 du texte actuel de la Loi type. Il a été aussi noté que les notions de "disponibilité" et de "compatibilité" pouvaient être considérées soit comme des aspects de la non-discrimination, soit comme des concepts liés entre eux mais distincts.

27. Il a été rappelé en outre que les directives de l'Union européenne sur les marchés publics de 2004 prévoyaient une exigence de disponibilité, mais dans le sens que le moyen de communication retenu dans le processus de passation des marchés ne devait pas limiter l'accès aux marchés. Il a été noté que le texte proposé de l'article 4 *ter* sur la question de la non-discrimination pourrait être interprété comme englobant les exigences énoncées dans les directives européennes, car il disposait que le moyen de communication choisi ne devait pas limiter la concurrence.

28. Il a donc été estimé que l'article 4 *ter* devrait comprendre les deux premiers paragraphes proposés et porterait uniquement sur la non-discrimination. Néanmoins, le Guide pour l'incorporation devrait approfondir le concept de "non-discrimination", afin de préciser que le moyen de communication choisi ne devrait pas constituer un obstacle au processus de passation des marchés, et traiter de la notion de "généralement disponibles".

29. On a également fait observer que la question de la discrimination dans le choix du moyen de communication (ou, en fait, dans la sélection de la méthode de passation des marchés) avait été examinée lors de la rédaction de la Loi type actuelle et que des discriminations étaient également possibles dans l'application de ces décisions. Ces éventualités avaient été reconnues lors de la rédaction de l'article 9-3 du texte actuel de la Loi type.

30. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, les éléments visés aux points a), b) et d) du paragraphe 23 ci-dessus devraient être supprimés. En ce qui concerne le point b), à savoir le fait de ne pas constituer d'obstacle au processus de passation des marchés, on a fait observer que la disposition pourrait être considérée comme englobant tous les objectifs énoncés dans le préambule de la Loi type et permettrait la souplesse qui serait souhaitable pour le choix du moyen de communication et les questions connexes. D'un autre côté, on a fait valoir qu'une décision sur ce qui constituait un "obstacle" au processus de passation des marchés était subjective et qu'il risquait par conséquent d'y avoir abus de cette disposition. Néanmoins, le Groupe de travail est parti du principe que le Guide préciserait que le moyen de communication choisi ne constituerait pas un obstacle au processus de passation des marchés, car il compromettrait autrement la promotion des objectifs de la Loi type consistant à aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés qui sont énoncés dans le préambule (alinéa a).

31. En ce qui concerne l'élément visé à l'alinéa a) du paragraphe 23 ci-dessus, on a fait observer que la notion de non-discrimination existait dans certaines dispositions du texte actuel de la Loi type, par exemple à l'article 9-3, et en termes positifs de traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs à l'alinéa d) du préambule. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il faudrait inclure dans la Loi type un principe général de non-discrimination. L'opinion qui l'a emporté a été qu'il ne faudrait pas inclure un tel principe puisque le Groupe de travail déborderait ainsi le cadre de son mandat qui consiste à réviser la Loi type pour assurer l'équivalence fonctionnelle et permettre l'utilisation de nouvelles méthodes de passation des marchés. Il a été aussi mentionné que la non-discrimination du point de vue du moyen de communication et d'une manière générale était considérée comme un principe important. L'objectif consistant à garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs énoncé dans le préambule devrait donc être transposé dans la Loi type, là où il y avait lieu, sous forme de critères spécifiques.

32. Le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'article 9-3 relatives à la non-discrimination, qui visaient les risques de discrimination dans le contexte de systèmes de communication fermés, deviendraient obsolètes et seraient en fait en contradiction avec les modifications proposées, en particulier dans l'article 9 proposé qui permettrait à l'entité adjudicatrice de choisir le moyen de communication.

33. Il a également été fait observer que des dispositions sur la non-discrimination risquaient d'avoir par inadvertance un effet négatif sur l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics: les entités adjudicatrices pourraient être réticentes à recourir aux moyens électroniques par crainte de voir certains fournisseurs ou entrepreneurs, se sentant lésés par le choix du moyen de communication, chercher à introduire un recours contre la décision concernée, et un tel droit de recours pourrait lui-même devenir un obstacle au

processus de passation des marchés. Il a été noté en outre que toute discrimination éventuelle ainsi que les problèmes et l'intégrité de la communication étaient des sujets qui devraient être examinés lorsque l'entité adjudicatrice évaluait les avantages potentiels de la passation électronique des marchés. Il pourrait y avoir un risque que, simplement parce qu'un petit nombre de fournisseurs n'aurait pas accès aux technologies requises, la passation électronique des marchés ne soit pas introduite et que ses avantages ne se concrétisent pas.

34. Il se peut que l'ajout d'un qualificatif à la notion de discrimination, par exemple l'adjectif "déraisonnable", "manifeste", "évidente" ou "délibérée" proposé, n'élimine pas complètement ce risque et introduise aussi un élément de subjectivité. En outre, un tel qualificatif pourrait créer de nouveaux concepts de discrimination, aboutissant à une contradiction avec d'autres dispositions de la Loi type sur ce point. Il a néanmoins été convenu que le Guide pour l'incorporation devait aborder la notion de discrimination et expliquer, à l'aide d'exemples, comment celle-ci pouvait se manifester dans la pratique (voir aussi par. 60 ci-dessous).

35. Notant qu'il ne pouvait y avoir discrimination que si l'utilisation d'un certain moyen de communication ne pouvait se justifier objectivement, le Groupe de travail a estimé que les critères de "disponibilité générale" énoncés au dernier paragraphe de l'article 4 *ter* proposé pouvaient être considérés comme un moyen d'assurer la non-discrimination. Il a donc été décidé que l'article 4 *ter* devait comprendre le premier et le dernier paragraphe proposés et être libellé comme suit:

> "L'entité adjudicatrice s'assure que le moyen qu'elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents, pour tenir des réunions et pour la soumission et l'ouverture des offres est facilement compatible avec ceux d'usage général parmi les fournisseurs ou entrepreneurs."

36. Il a été convenu ensuite que ce libellé devrait être repris comme suit dans les dispositions de l'article 4 *bis* (l'article 4 *ter* étant entièrement supprimé):

> "Toute disposition de la présente Loi relative à la communication, à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme incorporant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet] à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général parmi les fournisseurs ou entrepreneurs."

37. En ce qui concerne l'emplacement des dispositions modifiées et regroupées, il a été convenu qu'elles formeraient, avec certaines dispositions de l'article 9 proposé (voir par. 39 et 40 ci-dessous), un article distinct énonçant un principe fondamental relatif à l'utilisation des communications (au sens le plus large) dans le processus de passation des marchés, qui devrait donc être placé vers le début de la Loi type, peut-être après l'article 5 (pour suivre le déroulement du processus de passation des marchés, c'est-à-dire avant toute identification des fournisseurs ou entrepreneurs). Un nouveau titre refléterait le nouveau champ élargi de ces dispositions regroupées et il faudrait modifier en conséquence les références aux critères d'"accessibilité" ou de "disponibilité" ainsi qu'à l'"équivalence fonctionnelle".

38. S'agissant du texte proposé pour le Guide pour l'incorporation, le Groupe de travail est convenu qu'à l'exception de ce qui a été dit aux paragraphes 30 et 34 ci-dessus le Guide tiendrait compte de ses décisions concernant le libellé des articles 4 *bis*, 4 *ter* et 9: i) en développant la notion de disponibilité générale des moyens de communication (par exemple dans l'idée que les entités adjudicatrices doivent tenir compte du niveau de pénétration des communications et des technologies électroniques sur le marché concerné lorsqu'elles choisissent un moyen de communication pour une passation donnée, ainsi que le coût de ce moyen); ii) en soulignant que la question de savoir si l'utilisation de tel ou tel moyen de communication était objectivement justifiable dépendrait du pays et de la procédure de passation des marchés; iii) en abordant les questions de l'interopérabilité et de la compatibilité qui avaient été supprimées du dernier sous-alinéa de l'article 4 *ter* proposé; et iv) en signalant que des exigences plus strictes pourraient s'appliquer (par exemple en vertu de traités internationaux ou des prescriptions d'une banque multilatérale de développement).

3. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 20 à 28, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 4 et 5)

39. Lors de l'examen de l'article 9, il a été décidé que l'article 4 *bis*, tel que modifié (voir par. 36 et 37 ci-dessus), devait être fusionné avec le paragraphe 1 du projet d'article 9, selon lequel l'entité adjudicatrice est tenue de spécifier le moyen de communication choisi lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation à la procédure de passation des marchés, et avec le paragraphe 4 du projet d'article 9 selon lequel les règlements en matière de passation des marchés devaient prévoir des dispositions sur l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

Article 5 bis *proposé*

40. Le Groupe de travail a décidé d'examiner le texte suivant à sa prochaine session:

"Article 5 *bis* [titre à envisager pour la dixième session]

1) Toute disposition de la présente Loi relative à la communication [, à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion,] est interprétée comme incorporant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet] à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général [ou courant] parmi les fournisseurs ou entrepreneurs.

2) Les documents, notifications, décisions et autres communications ~~[visés dans la présente Loi]~~ entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition que le moyen spécifié soit susceptible d'être utilisé comme il est prévu au paragraphe précédent.

3) Les [règlements en matière de passation des marchés] [les entités adjudicatrices] [peuvent établir] [établissent] des mesures pour garantir

l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

[4) Les dispositions du premier paragraphe du présent article s'appliquent également à toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion.]"

41. Le Groupe de travail a noté que le premier paragraphe de l'article ci-dessus portait non seulement sur les communications, mais également sur l'écrit, la publication d'informations, la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, l'ouverture des offres, les procès-verbaux et les réunions. Toutefois, les deuxième et troisième paragraphes concernaient uniquement les communications. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure si ces autres éléments devraient être inclus dans le premier paragraphe ou figurer à part dans un quatrième paragraphe du projet d'article, ou ailleurs dans le texte, et que le texte entre crochets dans les paragraphes 1 et 4 signalerait cette question en suspens.

42. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article ci-dessus, il a été convenu que la formule restrictive "visés dans la présente loi", dans la version précédente du texte, soit supprimée pour faire référence à toutes communications créées dans le processus de passation des marchés et que la même modification soit apportée aux autres parties de l'article 9 proposé (voir par. 44 ci-dessous).

43. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article ci-dessus, le Groupe de travail a noté que les obligations énoncées dans le reste de l'article incombaient à l'entité adjudicatrice. Il est donc convenu d'examiner si c'était à l'entité, et non à l'État adoptant par voie réglementaire, de se préoccuper des questions d'authenticité, d'intégrité, d'accessibilité et de confidentialité des communications figurant dans ce paragraphe et s'il faudrait laisser soit à l'entité adjudicatrice soit à l'État adoptant la possibilité de le faire ou non ou bien l'obliger à le faire. Le texte entre crochets dans le paragraphe proposé signalerait cette question en suspens. Il a également été convenu que le Guide pour l'incorporation devrait traiter en détail des problèmes posés par l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

Article 9

44. En ce qui concerne le reste de l'article 9 précédemment proposé sur la forme des communications, il a été suggéré qu'il traite de l'obligation de présenter les communications sous une forme attestant leur teneur. En conséquence, le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations sur un article 9 révisé basé sur le texte suivant:

"Article 9. Forme des communications

1) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres communications ~~[visés dans la présente Loi]~~ qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste la teneur de la communication et est accessible pour être consultée ultérieurement.

2) Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7-4 et 6, 12-3, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-l [mise à jour pour modifications de la Loi type] peuvent être faites par un moyen n'attestant pas la teneur de la communication, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite communication et accessible pour être consultée ultérieurement."

45. Il a été convenu que le libellé de l'article précédemment proposé serait modifié pour énoncer l'obligation d'attester "la teneur de ladite communication" et non "la teneur de ladite confirmation" de manière que le contenu de la communication et le fait de communiquer soient attestés.

Texte du Guide pour l'incorporation

46. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner le texte pour le Guide, qui devrait être modifié à la lumière des discussions de la session actuelle.

4. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 29 et 30, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 6)

47. Le Groupe de travail a demandé que l'on remplace, à la dernière phrase du paragraphe 1 *bis* proposé de la version anglaise, la référence à l'"exécution" d'un marché ("executed") par une référence à la "conclusion" d'un marché ("conclusion"), de manière à éviter toutes connotations techniques non voulues que pourrait entraîner l'emploi du mot "exécution" dans certains pays.

48. En ce qui concerne le paragraphe 1 *bis* et *quater*, il a été convenu que la forme verbale à employer, dans les références à la nécessité pour les États adoptants de s'assurer de l'adéquation de leur loi sur le commerce électronique, devrait être "souhaiteront peut-être" plutôt que "souhaiteront", de manière à laisser une certaine souplesse et permettre aux États contractants de tenir compte des différentes situations concrètes.

5. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 31 et 32, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 7)

49. On a fait observer que le Guide pour l'incorporation devrait expliquer la portée de l'alinéa b) *bis* proposé, de manière que le procès-verbal indique tout logiciel particulier ou les autres critères utilisés par l'entité adjudicatrice pour choisir le moyen de communication.

50. Il a été indiqué que le texte du Guide pour l'incorporation devrait être mis en conformité avec l'article 5 *bis* proposé et que l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de choisir un moyen de conservation de l'information contenue dans le procès-verbal qui permette à cette dernière de rester accessible "jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu à l'article 52 de la Loi type" soit étendue de manière à inclure toute période différente que la loi d'un système particulier peut appliquer aux systèmes de conservation des documents.

51. Il a également été convenu que l'obligation de garantir "que les systèmes de conservation des procès-verbaux sont parfaitement compatibles (ou interopérables)" devrait être supprimée du texte. L'argument dominant a été que l'information

contenue dans le procès-verbal pouvait être mise à la disposition des tiers habilités à la recevoir et que les critères d'accessibilité énoncés dans le texte régleraient la question de façon satisfaisante.

6. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 33 et 34, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 8)

52. On a fait observer qu'il y avait deux notions importantes en ce qui concerne la soumission électronique des offres: la nécessité, d'une part, d'encourager la confiance dans les systèmes électroniques et, d'autre part, d'identifier les objectifs des modifications proposées et de s'employer à les atteindre. La transposition des garanties des moyens traditionnels de soumission des offres dans l'environnement électronique serait fondamental. L'introduction de tout nouveau système entraînerait de nouveaux risques et il faudrait adopter des mesures pour les atténuer, en particulier pendant la période de transition.

53. De l'avis du Groupe de travail, il serait important que le dossier de sollicitation indique le moyen de soumission des offres choisi par l'entité adjudicatrice. Bien que celle-ci soit tenue de respecter, au moment de son choix, les conditions de l'article 5 *bis* proposé, il a été estimé qu'une référence expresse à ces conditions ne serait pas nécessaire à l'article 30-5 a) de la Loi type. En conséquence, la disposition du texte faisant référence à l'article 5 *bis* proposé devrait être supprimée.

54. Le Groupe de travail a également examiné les propositions visant à supprimer du texte original de l'article 30-5 a) de la Loi type les références aux conditions selon lesquelles les offres doivent être soumises "par écrit, [sont] signées, et [sont] placées dans une enveloppe scellée". On a fait observer que ces conditions étaient des garanties fondamentales pour la soumission des offres.

55. Il a également été dit au Groupe de travail que, dans de nombreux pays, l'immense majorité des offres continuaient d'être soumises de façon traditionnelle, sur papier, et que les conditions ci-dessus restaient pertinentes.

56. Il a été dit aussi que quelques pays avaient essayé d'éviter les conséquences techniques de l'obligation de signature d'un document électronique en indiquant que de tels documents étaient authentifiables. Si le principe de neutralité technique était en contradiction avec les principes fondamentaux de la Loi type elle-même, par exemple l'obligation que les offres soient soumises par écrit, qu'elles soient signées et qu'elles soient placées dans une enveloppe scellée, ces derniers l'emporteraient. En conséquence, bien que ces conditions impliquent un environnement papier, elles devraient être maintenues dans le texte de l'article 30-5 a). Il a également été indiqué que les dispositions de l'article 5 *bis* proposé permettraient de transposer ces garanties dans l'environnement électronique en appliquant le principe de l'équivalence fonctionnelle.

57. Il a également été indiqué que le Guide pour l'incorporation devrait, en ce qui concerne cet aspect, aborder les questions pratiques qui se posent lorsque l'on autorise la soumission électronique des offres, notamment les garanties équivalentes à l'écrit, à la signature et à une enveloppe scellée (de manière qu'une offre électronique chiffrée soit équivalente à une offre placée dans une enveloppe scellée). En outre, une offre électronique risquait d'être supprimée par un virus au moment de son ouverture, auquel cas elle n'existerait plus. En conséquence, le

Guide pourrait recommander (comme le font certains systèmes) l'utilisation d'un logiciel de détection de virus pour identifier tous risques potentiels de ce type, ce qui renforcerait à la fois la confiance dans l'environnement électronique et sa transparence.

58. Le Groupe de travail s'est demandé comment traiter de l'éventualité de la défaillance d'un système électronique de réception des offres. Il a été dit que, si une offre n'était pas reçue, l'entité adjudicatrice ne pouvait en être tenue responsable – le risque lié à la soumission d'une offre relevait de la responsabilité du fournisseur, l'entité adjudicatrice étant seulement tenue de délivrer un récépissé de la soumission. Il a toutefois été estimé que des mesures pouvaient être prises pour limiter les risques, par exemple autoriser la soumission en double des offres sous différentes formes de manière à se prémunir contre une défaillance du système (ce que certains systèmes permettaient déjà). Bien que l'on ait indiqué que les fournisseurs pourraient essayer de modifier les conditions de leurs offres lors de la soumission d'un double et que des exemples de cette pratique aient été observés, il a été estimé que le fait d'autoriser des soumissions de sauvegarde aurait plus d'avantages que d'inconvénients potentiels.

59. Il a en outre été dit au Groupe de travail que de nombreux pays n'exigeaient pas un moyen exclusif de soumission des offres. Ils avaient un système mixte dans lequel quelques fournisseurs soumettaient des offres sous forme traditionnelle, et d'autres électroniquement. (D'autres variantes de systèmes mixtes comprendraient l'utilisation de différentes méthodes de communication pendant le processus de passation des marchés et la possibilité pour les fournisseurs de soumettre certaines parties de leurs offres, comme des échantillons ou des dessins techniques, ou encore des attestations juridiques, sous forme matérielle ou sur papier.) On a fait valoir que le fait d'autoriser un système mixte, non seulement favoriserait la confiance, mais entraînerait aussi une plus grande participation. En conséquence, il a été décidé que l'entité adjudicatrice devrait être en mesure de choisir soit un moyen traditionnel, sur papier, de soumission des offres (et des communications en général), soit un moyen électronique, ou bien les deux, et que le texte de la Loi type devrait autoriser expressément le choix de plus d'un moyen.

60. Bien qu'il ait été dit au Groupe de travail que le fait d'autoriser les fournisseurs à choisir eux-mêmes le moyen de soumission pourrait augmenter la participation, il a été convenu qu'il faudrait laisser le choix à l'entité adjudicatrice. Le fournisseur pourrait exercer un recours au cas où l'entité adjudicatrice agirait de manière discriminatoire en effectuant son choix, mais il serait tenu par ailleurs de se conformer au moyen de soumission choisi par elle et indiqué dans le dossier de sollicitation. En liaison avec cette question, on a fait observer que la disposition relative à la non-discrimination dans le texte de l'actuel article 9-3 de la Loi type, qui cherchait à prévenir toute discrimination dans l'application ou le choix du moyen de communication, restait pertinente même compte tenu de l'article 5 *bis* proposé de la Loi type. En conséquence, le Groupe de travail a décidé d'examiner à sa prochaine session s'il fallait retenir une disposition expresse concernant la non-discrimination et, dans l'affirmative, déterminer son emplacement.

61. À cet égard, il a été indiqué aussi que le Guide pour l'incorporation devrait souligner que le recours à des systèmes mixtes serait particulièrement approprié pendant la période de transition après l'introduction des moyens électroniques de

communication dans la passation des marchés, et que l'utilisation exclusive de tels moyens électroniques serait encouragée lorsqu'il y avait lieu à long terme.

62. On a fait observer aussi que le texte proposé de l'article 30-5 a) faisait référence à la "forme", tandis que l'article 5 *bis* proposé mentionnait le "moyen" de soumission des offres. Il a été dit que les deux dispositions devraient être cohérentes sur ce point, ainsi que dans les références à l'obligation de soumettre les offres dans une enveloppe scellée, et que si la condition de forme spécifiée était que les offres soient soumises "par écrit, [soient] signées, et [soient] placées dans une enveloppe scellée", il faudrait peut-être parler, pour la manière dont elles étaient soumises, du "moyen" de soumission, afin de parvenir à la cohérence souhaitée.

63. En conséquence, le Groupe de travail a décidé d'examiner à sa prochaine session le texte de l'article 30-5 a) qui est libellé comme suit: "Les offres sont soumises [par le moyen spécifié dans le dossier de sollicitation, et sont soumises] par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée".

7. Ouverture électronique des offres (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 35 à 37, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 9)

64. On a fait observer que l'utilisation d'une enveloppe scellée pour soumettre les offres, dont il a été question dans la section précédente, était aussi une caractéristique essentielle de l'ouverture des offres, la présence du sceau jusqu'au moment de l'ouverture étant un élément capital de la confiance dans le processus.

65. En ce qui concerne le libellé proposé pour le paragraphe 4 de l'article 33 de la Loi type, il a été noté que les fournisseurs devraient être en mesure de suivre l'ouverture des offres non pas "simultanément" ou "instantanément" mais "en direct", ce qui obligerait l'entité adjudicatrice à ouvrir les offres électroniques et à les télécharger immédiatement après sur le site Web pertinent, procédure équivalente à l'ouverture publique traditionnelle des offres et qui ne serait pas plus onéreuse. On a aussi suggéré de libeller comme suit la dernière partie du texte proposé: "si [les fournisseurs] sont <u>capables de suivre</u> l'ouverture des offres <u>en direct par les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables</u> de communication utilisés par l'entité adjudicatrice."

8. Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 38 à 45, et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 10)

Article 5

66. Il a été souligné que cet article était important et que des banques multilatérales de développement s'en servaient comme référence pour évaluer le degré de transparence de la réglementation des marchés dans différents pays. Il a été estimé que les dispositions de cet article devaient rester aussi claires que possible et ne pas être surchargées de prescriptions complexes.

67. Selon l'avis qui a prévalu, la portée actuelle de l'article devait être maintenue. On a fait observer que si l'objectif de transparence était important, il ne faudrait pas l'atteindre aux dépens d'autres aspects eux aussi importants, par exemple en imposant des coûts et des charges supplémentaires aux entités adjudicatrices.

68. On s'est interrogé sur l'opportunité d'inclure une référence à "toutes les décisions judiciaires sur son application" dans la version modifiée de l'article. On a

exprimé la crainte qu'il soit impossible dans certains pays de satisfaire à l'obligation de mettre promptement ces informations à la disposition du public et de les tenir systématiquement à jour. De l'avis de certaines délégations, cette obligation ne devrait donc porter que sur les décisions judiciaires "d'application générale" et ayant valeur de précédent.

69. Des questions ont été soulevées concernant le sens de l'expression "systématiquement tenus à jour". Il a été indiqué qu'elle visait à rendre l'idée de l'obligation de mise à jour qui pourrait être onéreuse pour certains types d'informations. Il a été dit que cette obligation ne devait s'appliquer qu'à la législation et aux règlements sur la passation des marchés, tandis que les directives administratives, par exemple, seraient soumises à un régime moins strict.

70. Il a également été dit qu'il faudrait faire une distinction entre l'obligation de rendre les textes juridiques accessibles et l'obligation de les publier. Si, dans la plupart des cas, la première pouvait être facilement remplie dans la pratique pour tous les textes juridiques visés dans l'article, le respect de la seconde poserait des problèmes pratiques, surtout si elle portait sur toutes les décisions judiciaires et directives administratives. D'un autre côté, il a été souligné que l'obligation de rendre les textes juridiques accessibles pouvait poser des problèmes dans la pratique car les décisions judiciaires et les directives administratives, par exemple, pouvaient être disponibles sans pour autant être facilement accessibles.

71. L'idée de scinder l'article 5 en deux paragraphes a bénéficié d'un certain soutien: le premier porterait sur les textes juridiques devant être publiés (législation, règlements en matière de passation des marchés et directives d'application générale) et le second sur les décisions judiciaires et les directives administratives importantes qu'il faudrait tenir à jour en permanence. Il a été dit que ces deux catégories d'informations devraient répondre à des exigences différentes. S'agissant de la première catégorie, les exigences resteraient identiques à celles qui sont imposées dans l'actuel article 5. Il a été souligné en particulier que la notion d'accès en temps utile était importante et qu'il fallait donc conserver le mot "promptement" dans l'article. S'agissant de la seconde catégorie, les mots "systématiquement tenus à jour" seraient remplacés par "régulièrement mis à jour si nécessaire".

72. Selon l'avis qui a prévalu, le secrétariat devrait tenir compte de cette approche lorsqu'il élaborerait une version révisée de l'article 5 et d'autres précisions devraient être données dans le Guide, en ce qui concerne notamment les questions spécifiques qu'il serait souhaitable de soumettre aux règlements en matière de passation des marchés, comme celles du média et des modalités de publication.

73. Un certain soutien a été exprimé en faveur du maintien de la première proposition d'ajout à l'article 5. Il a été suggéré de limiter la référence qui y est faite aux "autres informations" en ajoutant les mots "relatives aux politiques en matière de passation des marchés". D'un autre côté, on s'est demandé si les termes proposés avaient leur place dans la Loi type, car un État adoptant aurait en tout état de cause la possibilité d'ajouter des dispositions à celles prévues par la Loi type, et s'ils n'étaient pas déjà couverts par l'objectif général de transparence.

74. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait tenir compte de tous les ajouts possibles proposés entre crochets uniquement dans le Guide. Il a été dit que la deuxième proposition devait préciser, dans l'intérêt des États adoptants, quelles étaient les exigences relatives à la publication figurant dans la Loi type. Dans ce contexte,

l'exigence de mise à jour systématique devrait être reconsidérée à la lumière de son caractère onéreux et de ses avantages illusoires.

Dispositions sur les "possibilités de marchés à venir"

75. Des opinions divergentes ont été exprimées sur l'opportunité d'inclure ces dispositions dans la Loi type. D'une part, il a été déclaré que cela serait souhaitable car ces dispositions favorisaient la transparence dans la passation des marchés publics et encourageaient la concurrence. D'autre part, il a été souligné que l'on alignerait ainsi la Loi type sur la partie correspondante de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics.

76. Il a été suggéré de modifier comme suit les dispositions proposées afin d'énoncer clairement qu'elles ne constitueraient pas des appels d'offres: "aussi rapidement que possible après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier des informations sur les possibilités de marchés prévues pour les [l'État adoptant indique la période] suivant(e)s, et ces informations ne constituent pas le dossier de sollicitation ni des parties de ce dossier". Une autre proposition a été de remplacer le terme "peuvent publier" par "publient" ou "devraient publier". Certains représentants ont toutefois été d'avis que si les dispositions devaient être insérées dans la Loi type, elles devraient rester indicatives au lieu d'être prescriptives. Il a été suggéré qu'elles soient insérées dans l'article 5.

77. D'un autre côté, certains représentants ont estimé qu'il serait plus approprié de placer les dispositions proposées dans le Guide. Ils étaient opposés à ce qu'on leur donne un caractère prescriptif car elles imposeraient alors aux entités adjudicatrices des obligations contraignantes, dans le sens où elles pourraient être interprétées comme proposant une nouvelle norme ou étape à l'entité adjudicatrice en ce qui concerne la publication d'informations avant la sollicitation.

78. Il a été proposé que, lors de l'examen de cette question, le Groupe de travail évalue si la pratique de la publication de ce type d'informations serait conforme aux objectifs de la Loi type et s'il serait nécessaire alors d'insérer dans la Loi type une disposition d'habilitation spécifique pour promouvoir cette pratique.

Texte du Guide pour l'incorporation

79. Il a été suggéré que la phrase commençant par les mots "Des incitations peuvent être fournies", au paragraphe 2 de la section a), la deuxième phrase du paragraphe 4 de la même section et le paragraphe 2 de la section b) soient supprimés. Dans la dernière partie de la phrase commençant par "Bien que la Loi type exige" au paragraphe 2 de la section a), il a été proposé de remplacer les termes "avoir un effet dissuasif sur la publication elle-même" par le texte suivant: "les États adoptants devraient considérer le coût de la publication de telles informations supplémentaires en tenant compte des avantages pour les destinataires".

9. Questions en suspens (A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 36 à 48)

80. À propos de l'approche générale concernant le remaniement de la Loi type, on a fait observer que les modifications devraient se limiter à l'essentiel et être rédigées de manière souple afin de tenir compte des situations variables dans différents pays. Il a été dit aussi que la Loi type révisée devrait être aussi facile que possible à utiliser.

81. En ce qui concerne le point de savoir s'il faudrait étendre le champ d'application de la Loi type et du Guide aux étapes de la planification et de l'administration des marchés, on a signalé que la passation des marchés, en fait, couvrait ces étapes et faisait intervenir divers organismes publics. Il a cependant été fait observer que certaines de ces étapes ne relevaient pas de la législation sur la passation des marchés, mais de la législation budgétaire (pour ce qui est de la planification) et du droit des contrats (pour ce qui est de l'administration). Néanmoins, il a été souligné que ces étapes faisaient partie intégrante de l'ensemble du processus de passation des marchés, si bien que toute insuffisance à l'une d'entre elles aurait un impact négatif sur les autres et sur l'ensemble du processus, ce qui risquait de compromettre les objectifs de la Loi type. C'est pourquoi il a été souligné qu'il était essentiel que toutes les étapes conduisant au choix d'un entrepreneur et faisant suite à ce choix – c'est-à-dire le champ d'application actuel de la Loi type – soient dûment réglementées.

82. En conséquence, il a été suggéré que, si ce n'est en énonçant des principes généraux dans la Loi type, il faudrait aborder dans le Guide, entre autres, les meilleures pratiques en matière de planification et d'administration des marchés, de manière à couvrir la totalité du processus de passation. D'un autre côté, on a indiqué qu'il serait peut-être plus facile, dans la Loi type étoffée et/ou dans le Guide, de traiter les seules questions de la planification des marchés, du fait que la réglementation de l'administration des marchés était une entreprise beaucoup plus complexe. Le Groupe de travail a rappelé à cet égard le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, qui traitait des questions précontractuelles ainsi que des dispositions spécifiques d'un contrat de construction. On a fait observer que, dans certains pays, l'étape de l'administration des marchés était régie par une législation distincte.

83. S'agissant spécifiquement de la planification des marchés, il a été indiqué que le Groupe de travail avait déjà abordé une des questions liées à cette étape, à savoir la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. On s'est déclaré favorable à ce que le Guide incite à la publication de ces informations dans les États adoptants comme moyen favorable à la bonne gestion de la passation des marchés, à la bonne gouvernance et à la transparence. Il a été dit qu'il fallait veiller à ne pas inclure dans la Loi type plus que les principes généraux devant régir la planification des marchés, faute de quoi la souplesse nécessaire à cette étape serait supprimée. Il a été indiqué que le Guide ou d'autres outils qui pourraient être mis au point pour aider les États à adopter et appliquer la Loi type seraient un endroit approprié pour examiner dans le détail la planification des marchés et encourager certaines bonnes pratiques. On a néanmoins souligné qu'il pourrait y avoir des difficultés pratiques à trouver les informations pertinentes et des solutions qui tiendraient compte de la diversité des situations locales.

84. S'agissant spécifiquement de l'administration des marchés, il a été suggéré que la Loi type ou le Guide attire l'attention des États adoptants sur les problèmes susceptibles de se poser i) d'une part, à l'étape du choix d'un entrepreneur, ce qui pourrait avoir un impact négatif sur l'administration du marché, en particulier pour ce qui est du prix final que l'État devrait payer pour les biens, les travaux ou les services fournis, et ii) d'autre part, à l'étape de l'administration du marché, où des modifications pourraient majorer de façon importante le prix final, nuire à

l'intégrité du processus de passation et léser les intérêts légitimes des parties. Il a été suggéré que le Guide, lorsqu'il y avait lieu et que c'était possible, donne des indications aux États adoptants sur la manière de prévenir et traiter ces problèmes éventuels.

85. En ce qui concerne la nature du Guide, il a été suggéré que ce dernier soit destiné non seulement aux législateurs, mais qu'il soit aussi conçu comme guide plus général de l'application et de l'utilisation de la Loi type, à l'intention d'un public plus vaste. Il a été convenu que des projets de réglementation n'auraient pas leur place dans un tel guide, car ils devraient alors être plus précis encore que dans la Loi type et devraient tenir compte de systèmes divergents. Le Guide révisé pourrait traiter de façon plus approfondie des questions qu'il serait important de faire figurer dans la réglementation sur la passation des marchés. L'opinion a été exprimée que l'on pourrait aussi insérer dans le Guide des clauses types, qui pourraient être particulièrement utiles si elles s'inspiraient de l'expérience pratique de diverses parties prenantes, y compris des banques de développement. On a dit préférer employer dans le Guide pour l'incorporation le verbe "souhaiter" au verbe "vouloir", dans les références aux questions législatives générales à aborder par les États contractants.

86. Le Groupe de travail a décidé d'aborder ces questions en temps utile et le secrétariat pourrait alors être prié d'entreprendre une étude qui énumérerait les problèmes fréquemment rencontrés aux étapes de la planification et de l'administration des marchés et analyserait les moyens de les aborder dans divers règlements nationaux, régionaux et internationaux.

B. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.43)

1. Remarques générales

87. On a souligné que, lors de la rédaction de dispositions sur les enchères électroniques inversées dans la Loi type et dans le Guide, il ne faudrait pas perdre de vue la situation et les intérêts des pays qui seraient les principaux bénéficiaires de la Loi type. On a fait observer que la Loi type avait jusqu'ici promu l'appel d'offres ouvert traditionnel comme un "étalon-or", dont les principes fondamentaux comprenaient l'interdiction de négociations et une possibilité unique pour les fournisseurs de soumettre leur meilleure offre, principes qui ont été contredits par les caractéristiques inhérentes aux enchères électroniques inversées. La reconnaissance et la réglementation de ces dernières dans la Loi type pourraient revenir à s'écarter de ces principes fondamentaux et à diluer l'"étalon-or" de l'appel d'offres ouvert.

88. Le Groupe de travail a pris note des faits nouveaux dans l'utilisation et la réglementation des enchères électroniques inversées aux niveaux national et régional, ainsi que de la position des banques multilatérales de développement à cet égard. En réaffirmant que les enchères électroniques inversées comportaient un certain nombre de nouveaux risques et pouvaient augmenter ceux qui existaient dans la méthode traditionnelle de l'enveloppe scellée, le Groupe de travail a été d'avis

dans l'ensemble qu'il devrait examiner tous les problèmes que posaient ces enchères de manière à les atténuer de façon adéquate par la réglementation.

89. Il a été reconnu qu'en raison de la nouveauté des enchères électroniques inversées, il serait difficile d'énoncer la meilleure pratique concernant leur utilisation. C'est pourquoi l'avis a été émis que les dispositions de la Loi type les concernant devraient être rédigées en des termes aussi généraux que possible pour tenir compte de l'évolution de la pratique en la matière. En même temps, on a dit qu'il serait important d'établir le cadre juridique indispensable pour leur fonctionnement, sur la base des principes généraux de la passation des marchés et des principes propres au fonctionnement des enchères électroniques inversées. Ont été cités comme éléments importants à cet égard l'anonymat des soumissionnaires et l'établissement de spécifications claires portées à la connaissance des fournisseurs dès le début de la passation du marché. L'importance de préserver l'anonymat des soumissionnaires a également été soulignée dans le contexte plus général de la concurrence et de la loyauté commerciale.

90. On a dit que l'expérience en matière d'enchères électroniques inversées dans au moins un pays indiquait qu'elles pourraient être un moyen coûteux de satisfaire les besoins d'une seule entité adjudicatrice dans la mesure où l'on faisait appel à des entrepreneurs tiers. C'est pourquoi les achats groupés étaient encouragés.

91. On a dit pour commencer préférer que les dispositions soient rédigées de manière à autoriser que le prix soit le seul critère d'attribution lorsque l'on recourait aux enchères électroniques inversées. En autorisant d'autres critères, on ouvrirait la porte aux abus, car la tentative de quantifier ces critères introduisait un élément subjectif dans le processus. L'avis a été émis que l'établissement du prix le plus bas en dessous duquel une offre ne serait pas acceptée pouvait être un moyen important de garantir la bonne gestion des enchères électroniques inversées et de se prémunir contre les offres anormalement basses.

92. On a dit aussi préférer que les enchères électroniques inversées s'appliquent à des biens standard et à des produits courants. On a fait observer que même des services standard (par exemple des services de nettoyage) pouvaient comporter des éléments qualitatifs et que la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées risquait donc de compromettre la qualité. D'un autre côté, il a été dit qu'il ne serait pas souhaitable de limiter les enchères électroniques inversées à un type particulier de passation de marchés car il serait difficile à ce stade de prévoir comment cet outil allait évoluer. Comme semblait l'indiquer l'expérience de quelques pays, les services pouvaient être achetés par enchères électroniques inversées même lorsque la qualité comptait dans le cadre d'une approche en deux étapes, la première consistant à évaluer les aspects qualitatifs.

93. Un certain nombre d'objections ont été soulevées contre l'idée de prévoir exclusivement les enchères du modèle 1 car elles présupposaient un processus entièrement automatisé qui, en particulier à un stade intermédiaire de développement, ne pouvait être réalisé sans qu'il y ait un risque d'exclure un nombre important de fournisseurs.

94. Il a été convenu que l'utilisation des enchères électroniques inversées ne devrait pas être limitée à une méthode autonome de passation des marchés, pour ne pas compromettre leur évolution. Il faudrait également autoriser le recours aux

enchères électroniques inversées comme une étape facultative dans certaines procédures de passation des marchés.

2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 9 à 37)

95. Il a été proposé d'insérer le texte suivant à la fin du chapitre III ("Procédure d'appel d'offres") en tant que nouvelle section IV intitulée "Enchères électroniques inversées" dans laquelle il faudrait regrouper toutes les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées, y compris le texte proposé pour les articles 47 *bis* et *ter*:

> **"Article [36 *bis*]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées**
>
> L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation en recourant à une enchère électronique inversée conformément [à l'] [aux] article[s 47 *bis* et *ter*], dans les circonstances suivantes:
>
> a) L'entité adjudicatrice est en mesure de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens, les travaux et les services;
>
> b) 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;
>
> c) Le marché porte sur:
>
> i) Des biens d'usage courant, dont les caractéristiques sont généralement disponibles sur le marché; ou
>
> ii) Des services ou des travaux d'usage courant, dont les caractéristiques sont généralement disponibles sur le marché à condition qu'ils soient de nature simple; et
>
> d) Le prix est le seul critère pour déterminer la soumission à retenir; ou
>
> e) [Variante pour le législateur: le prix et d'autres critères pouvant être exprimés en chiffres ou convertis en unités monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique sont les seuls critères pour déterminer la soumission à retenir]."

96. On a soutenu la formulation proposée, qui, a-t-on observé, représentait une solution de compromis rédigée de manière suffisamment générale et souple pour permettre l'évolution des enchères électroniques inversées suivant différents paramètres. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait considérer les dispositions de l'article 36 *bis* proposé comme formant un tout, de façon à préserver l'effet de toutes ses garanties.

97. Il a toutefois été indiqué que le texte proposé favorisait les considérations de prix aux dépens de la qualité et que l'approche devrait être réexaminée. À cela, il a été objecté qu'une telle approche était inhérente à l'enchère électronique inversée et que, par conséquent, pour les marchés où la qualité était plus importante ou aussi importante que le prix, d'autres méthodes de passation pourraient être plus

indiquées. On s'est également demandé si cet article garantissait suffisamment la conformité. Il a toutefois été signalé que cette question était traitée à l'article 47 *bis*.

98. Un certain nombre de modifications à apporter au texte ont été proposées, à savoir: placer systématiquement les mots "travaux et services" entre crochets dans l'ensemble du texte (pour assurer la cohérence avec la terminologie de la Loi type); remplacer, à l'alinéa a) les mots "L'entité adjudicatrice est en mesure" par "Il est possible"; remplacer, à l'alinéa c) les mots "dont les caractéristiques" par "qui"; placer, à l'alinéa c) ii), les mots "généralement disponibles sur le marché" entre crochets; et, à l'alinéa facultatif e), insérer le mot "uniquement" avant les mots "d'autres critères", examiner l'adéquation du membre de phrase "variante pour le législateur" et son emplacement, insérer une variante des termes "évaluation automatique", par exemple "évaluation par des procédés automatiques", remplacer le mot "soumission" par "offre" et se référer à l'alinéa d) et à l'alinéa facultatif e) comme variantes de l'alinéa d).

99. S'agissant de l'alinéa a), on a fait aussi observer qu'il risquait d'être redondant compte tenu de l'article 27 d) de la Loi type et que le Groupe de travail devrait réexaminer cette question. On s'est par ailleurs demandé si l'alinéa e) devait être conservé dans la Loi type ou inséré dans le Guide.

100. Selon un avis, le Guide devait préciser que les travaux et les services, sauf s'ils étaient très simples, ne rempliraient pas normalement les conditions des enchères électroniques inversées. Cet avis a été fermement appuyé et, à cet égard, on a renvoyé au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, notamment à ses dispositions sur les produits courants, qui, a-t-on dit, devraient être maintenues en tant que texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 *bis* proposé. Il a également été indiqué que si l'article proposé envisageait des critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées le Guide devait signaler les dangers potentiels de l'inclusion de ces critères. Il a aussi été proposé de préciser dans le Guide que l'emploi du terme "qualifiés" à l'alinéa b) ne signifiait pas qu'une enchère électronique inversée faisait nécessairement l'objet d'une présélection.

101. Parmi les autres questions à aborder dans le Guide, on a suggéré: la nécessité de préserver l'anonymat des soumissionnaires (une enchère inversée ne pouvant donc être menée que sous forme électronique); l'exigence qu'une telle enchère ne comporte qu'une série d'offres définitive avant la sélection de l'adjudicataire de façon à prévenir tout abus; l'obligation de faire figurer dans le contrat le prix de l'offre qui l'a emporté, même dans le cas d'un accord-cadre; l'obligation de spécifier à l'avance le moment d'ouverture et de clôture des enchères; et l'importance de la participation d'un nombre suffisant de fournisseurs pour assurer la concurrence. Il a été dit au Groupe de travail que les critères autres que le prix envisagés comprenaient les délais de livraison et les considérations techniques. Le Groupe de travail est convenu qu'aucun critère autre que ceux énoncés à l'alinéa d) et à l'alinéa facultatif e) ne devait être pris en compte dans l'enchère.

102. En outre, pour préserver les avantages de l'enchère électronique inversée comme mécanisme efficace et pour atténuer les difficultés rencontrées dans la formulation de spécifications précises, il a été proposé que le Guide traite de l'opportunité d'une terminologie commune relative aux marchés qui désignerait les biens, les travaux et les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché (c'est-à-dire des produits standardisés). Il a aussi

été proposé de dresser des listes des biens, travaux ou services ne se prêtant pas aux enchères électroniques inversées ou une liste des caractéristiques que les biens, travaux ou services devaient présenter pour faire l'objet d'une telle enchère (par opposition à une liste indicative qu'il serait difficile de tenir à jour). À cet égard, on a renvoyé au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.43.

103. Il a été jugé préférable, à titre provisoire, d'éviter le terme "standardisé" qui figurait dans l'article 19 *bis* proposé (A/CN.9/WG.I/WP.43) mais dont il n'a pas été tenu compte dans l'article 36 *bis* proposé, car il était susceptible d'interprétations différentes et risquait donc d'être à l'origine de recours. On a estimé que les mots "d'usage courant" avaient le même objet que les mots "généralement disponibles" et qu'ils étaient globalement plus faciles à comprendre, mais que les deux expressions pouvaient être conservées. On est également convenu que le recours aux enchères électroniques inversées ne serait pas subordonné à l'approbation d'un tiers. Comme l'indiquait l'emplacement de l'article proposé, le Groupe de travail est convenu que les enchères électroniques inversées constitueraient, pour l'essentiel, un élément de la procédure d'appel d'offres, mais il n'a pas écarté la possibilité qu'elles soient utilisées comme méthode autonome de passation ou comme étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples.

104. Le secrétariat a été prié de réexaminer l'exemple au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.I/WP.43 ainsi que l'ajout au paragraphe 5 du texte qu'il est proposé d'insérer dans le Guide concernant l'article 19 *bis*.

3. Procédures préalables à la phase d'enchère (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 38 à 53)

105. En ce qui concerne le projet d'article 47 *bis*, il a été demandé s'il prévoyait la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère électronique inversée avant sa clôture. Il a été déclaré que cet article ne comportait pas de disposition expresse à cet égard mais que, compte tenu de l'obligation faite à l'entité adjudicatrice de veiller en permanence à maintenir une concurrence suffisante, les fournisseurs pouvaient en effet se retirer. Il a également été dit que, dans certains pays, les fournisseurs n'étaient pas autorisés à se retirer une fois qu'ils s'étaient engagés à participer à l'enchère électronique inversée.

106. Par ailleurs, il a été noté qu'on pouvait distinguer deux types d'enchères électroniques inversées: dans le premier, toutes les étapes d'une procédure d'appel d'offres ordinaire, y compris l'évaluation de la conformité de l'offre initiale et des qualifications des fournisseurs, seraient menées avec toutes les garanties qu'offre le système de l'enveloppe scellée. Par la suite, tous les fournisseurs qualifiés seraient invités à participer à l'enchère, qui déterminerait l'adjudicataire. Dans un tel système, les fournisseurs pourraient se retirer puisque l'évaluation précédant l'enchère aurait permis de s'assurer que l'adjudicataire serait en mesure d'exécuter le contrat.

107. Dans le second type d'enchères électroniques inversées, il n'y aurait pas d'évaluation préalable et la vérification de la conformité de l'offre ou des qualifications des fournisseurs n'aurait lieu qu'une fois l'enchère close. Il a été signalé au Groupe de travail que des enchères électroniques inversées se déroulaient déjà de cette manière et que ces procédures pouvaient permettre de réduire au maximum le risque de fraude dans la conduite de l'enchère puisque les informations confidentielles qui seraient communiquées dans une offre initiale ne seraient pas

disponibles avant l'enchère elle-même. Dans ce système, les fournisseurs se contentaient de confirmer qu'ils acceptaient les spécifications et qu'ils étaient qualifiés pour participer à la passation du marché au moment où l'enchère commençait. On a fait observer qu'une évaluation de la conformité des offres et des qualifications postérieure à l'enchère accroissait le risque de découvrir, à ce moment, que le fournisseur qui l'avait emporté n'était pas qualifié ou que son offre n'était pas conforme, auquel cas un autre fournisseur se verrait attribuer le marché (en conformité avec les règles établies). Puisque dans ce système rien ne garantissait que le fournisseur l'ayant emporté puisse exécuter le contrat, il n'était probablement pas recommandé de permettre aux fournisseurs de se retirer.

108. Le Groupe de travail a estimé que la Loi type devrait être suffisamment souple pour permettre aux deux systèmes de fonctionner, à condition de prévoir des garanties suffisantes pour se prémunir contre les fraudes et les abus. Il a demandé que le projet d'article 47 *bis* soit reformulé pour offrir suffisamment de souplesse à cet égard. Concernant le texte actuel, il a été convenu que le paragraphe 2 devrait prévoir que, lorsque le premier type d'enchère électronique inversée évoqué ci-dessus était envisagé, les fournisseurs ou les entrepreneurs devraient, avant l'enchère, présenter des offres initiales qui soient complètes à tous égards. Il a également été convenu que, dans cet article, le terme "offres" convenait mieux que "soumissions", et qu'un terme plus approprié que "éléments" serait recherché pour décrire les parties de l'offre qui feraient l'objet de l'enchère.

109. Le Groupe de travail a estimé que le texte du Guide pour l'incorporation devait expliquer que les dispositions de la Loi type visaient à rendre la Loi type suffisamment souple pour que les enchères électroniques inversées puissent se dérouler de l'une ou l'autre des deux manières énoncées aux paragraphes 106 et 107 ci-dessus, en fonction des circonstances existant dans le pays concerné. Le Guide devait en outre traiter des garanties qui devaient être mises en place pour que chaque système puisse fonctionner conformément aux objectifs et aux procédures principales de la Loi type, y compris de toute différence entre les enchères électroniques inversées et ces procédures principales.

110. En ce qui concerne la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère électronique inversée et la garantie d'une concurrence effective, il a été convenu que le paragraphe 3 d) devrait prévoir que:

> "L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à un moment ou à un autre avant la clôture de l'enchère, est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective, cette dernière [annule/peut annuler] l'enchère électronique inversée".

111. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à sa prochaine session l'opportunité d'autoriser ou d'obliger l'entité adjudicatrice à annuler l'enchère dans ces circonstances, selon que les fournisseurs auront ou non l'autorisation de se retirer de l'enchère. Il a estimé que le texte du Guide pour l'incorporation devait aborder la question de savoir quand et comment les fournisseurs pourraient se retirer de la procédure avant la clôture de l'enchère.

F. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services: propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session

(A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Proposition de projet de texte pour la révision de la Loi type et du Guide pour son incorporation 5-45

A. Lignes directrices générales pour la rédaction (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 14 à 16, et A/CN.9/590, par. 16) 5-6

B. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 24 à 29, et A/CN.9/590, par. 19 à 27) 7-16

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *bis* 7

Commentaire 8-12

2. Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation 13

a) Remarques liminaires générales formulées dans le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/590, par. 17 et 18, et A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 23) 13

Commentaire 14

b) Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 *bis* 15-16

C. Critères d'accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 30 à 32, et A/CN.9/590, par. 28 à 33) 17-19

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *ter* 17

Commentaire 18

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 *ter* 19

D. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 1 à 5, et A/CN.9/590, par. 34 à 42) 20-28

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 9 de la Loi type. . . . 20

Commentaire 21-25

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type 26

Commentaire 27-28

E. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/590, par. 44, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 13 à 15) 29-30

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type 29

Commentaire 30

F. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/590, par. 24 et 45, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 16 à 18) 31-32

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 11 de la Loi type. . . 31

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 de la Loi type 32

G. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/590, paragraphes 46 à 49, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 19 à 23) 33-34

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 30 de la Loi type. 33

Commentaire 34

H. Ouverture électronique des offres (A/CN.9/590, paragraphes 50 et 51, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, paragraphes 28 à 32). 35-37

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 33 de la Loi type. 35

Commentaire 36-37

I. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 34 à 42, et A/CN.9/590, par. 52 à 63). 38-45

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 5 de la Loi type. 38

Commentaire 39-43

2. Propositions de dispositions relatives à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. 44

3. Texte du Guide pour l'incorporation concernant la publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés 45

a) Publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés 45

b) Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. . . 45

III. Questions en suspens concernant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés: portée de la Loi type et du Guide pour l'incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 4 à 23, et A/CN.9/590, par. 12 à 16) 46-48

I. Introduction

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 (la "Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.41, dont est saisi le Groupe de travail à sa 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, notamment de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique.

2. Cette utilisation, y compris la soumission et l'ouverture électroniques des offres, ainsi que la tenue de réunions, la conservation d'informations et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, faisait partie des thèmes dont était saisi le Groupe de travail à ses sixième à huitième sessions[1]. A sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a eu un échange de vues préliminaires sur ces questions et a prié le secrétariat de préparer des projets de textes les concernant pour les lui soumettre à sa septième session (A/CN.9/568, paragraphes 29 et 40).

3. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a examiné ces projets de textes, et a prié le secrétariat de les réviser pour sa huitième session. Il l'a également prié de préparer une étude passant en revue la pratique suivie dans divers régimes de passation des marchés concernant la publication d'informations relatives à la passation des marchés dont la Loi type n'exigeait pas actuellement la publication, en liaison avec l'examen de la possibilité d'étendre la portée de l'article 5 de la Loi type ("Accès du public à la réglementation des marchés") ainsi que de toutes nouvelles dispositions ou orientations (A/CN.9/575, paragraphes 9, 27 et 31).

4. À sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le Groupe de travail a examiné les projets de textes révisés et l'étude, et a prié le secrétariat de préparer des textes révisés pour examen plus approfondi (A/CN.9/590, paragraphe 10). La présente note a été établie conformément à cette demande.

II. Proposition de projet de texte pour la révision de la Loi type et du Guide pour son incorporation

A. Lignes directrices générales pour la rédaction (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 14 à 16, et A/CN.9/590, par. 16)[2]

5. Le Groupe de travail a noté que les objectifs des modifications qu'il est proposé d'apporter à la Loi type étaient de permettre l'utilisation des procédures dématérialisées en veillant à ce que toutes les formes de communication jouissent d'un statut équivalent en vertu de la Loi type. Bien qu'il faille promouvoir les communications électroniques, selon qu'il convenait, il ne devrait pas y avoir de

---

[1] En ce qui concerne les enchères électroniques inversées, voir A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1.

[2] Voir également A/CN.9/WG.I/WP.38, chapitre II, section B, sous-section 2 b).

discrimination à l'encontre des communications traditionnelles sur support papier (voir également le paragraphe 15 ci-dessous)[3]. Le Groupe de travail a confirmé que les dispositions de la Loi type devaient être fondées sur les principes généraux de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique[4], qui sont ceux que l'on trouve dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) (la "Loi type sur le commerce électronique")[5].

6. Le Groupe de travail a en outre décidé d'appliquer des garanties appropriées au choix par l'entité adjudicatrice du moyen de communication, de sorte que les entités adjudicatrices n'exercent pas de discrimination entre fournisseurs et entrepreneurs, et choisissent un moyen qui soit assez largement disponible (ces notions devant être mentionnées comme étant des "critères d'accessibilité")[6].

B. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 24 à 29, et A/CN.9/590, par. 19 à 27)

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *bis*

7. Le Groupe de travail a décidé à sa huitième session de poursuivre ses délibérations sur la base de la variante B de l'article 4 *bis* proposé pour la Loi type, tel qu'il figure au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.38, avec les modifications ci-après convenues à cette session[7]. Les révisions sont indiquées dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 1) sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent.

> "**Article 4 *bis*. Équivalence fonctionnelle entre [tous les moyens] [toutes les méthodes] de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents**
>
> Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme incorporant [tout moyen utilisé à cet effet, y compris] les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie], à condition que le moyen

---

[3] Voir également A/CN.9/590, paragraphe 16.

[4] Voir A/CN.9/WG.I/WP.34, paragraphe 13, A/CN.9/575, paragraphe 12, A/CN.9/WG.I/WP.38, paragraphe 16, et A/CN.9/590, paragraphe 19.

[5] Pour le texte de la Loi type sur le commerce électronique, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XXVII:1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés comme brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/ electronic_commerce/1996Model.html>.

[6] Voir la section C ci-dessous et le document A/CN.9/575, paragraphes 12 à 14.

[7] A/CN.9/590, par. 19 à 26, sur la base du paragraphe 12 du document A/CN.9/575.

choisi satisfasse [aux dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*][8]."

Commentaire

8. Le Groupe de travail a décidé provisoirement de supprimer les "critères d'accessibilité" de cet article et de les énoncer ailleurs dans la Loi type révisée, et d'examiner leur formulation séparément (voir également les paragraphes 17 et 18 ci-dessous)[9].

9. Le Groupe de travail a également demandé que la formulation précédente "à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux [critères d'accessibilité]" soit modifiée comme suit: "à condition que cette utilisation satisfasse aux [critères d'accessibilité]", de manière à garantir l'objectivité[10]. L'autre modification mineure apportée à la dernière phrase a été motivée par des considérations de style.

10. Le texte a été étendu à la publication d'informations relatives à la passation des marchés, à l'ouverture électronique des offres et à l'obligation de placer un document dans une enveloppe scellée[11].

11. Le Groupe de travail a renvoyé à plus tard son examen du point de savoir s'il fallait faire référence aux "moyens" ou aux "méthodes" de communication dans le titre et dans le texte de l'article[12]. Les deux termes sont employés dans les textes de l'ONU et de la CNUDCI. Par exemple, la résolution de l'Assemblée générale adoptant la Loi type sur le commerce électronique[13] fait référence (dans la version anglaise) aux "méthodes de communication", et le texte de la Loi type sur le commerce électronique aux "moyens de communication", de même que le texte de l'article 9-2 de la Loi type actuelle.

12. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si l'expression "les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" est suffisamment large pour recouvrir les informations publiées sur des sites Web.

2. Texte sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés pouvant figurer dans le Guide pour l'incorporation

13. Le texte révisé ci-après comprend les paragraphes modifiés du texte original faisant suite au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.38 (les paragraphes 1, 5, 11, 12, 15 et 16 de la précédente version, qui restent inchangés, ne sont pas reproduits). Les révisions apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, paragraphe 2) sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent.

---

[8] Le Groupe de travail se souviendra peut-être que la première formulation est plus courante dans la Loi type et dans le Guide pour l'incorporation, mais il souhaitera peut-être se demander si des références explicites aux "critères d'accessibilité" seraient plus utiles au lecteur.

[9] A/CN.9/590, par. 25 et 26.

[10] Voir également, A/CN.9/590, par. 24.

[11] A/CN.9/590, par. 22 et 26.

[12] A/CN.9/590, par. 27.

[13] Résolution 51/162 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 1996.

a) Remarques liminaires générales formulées dans le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/590, par. 17 et 18, et A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 23)

"i) Dispositions régissant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation[14]

1) (inchangé)

2) Depuis l'adoption de la Loi type en 1994, l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics comprenant l'utilisation de matériel électronique pour le traitement, la compression et la conservation numériques ainsi que des données transmises, acheminées et reçues par câble, radio, moyens optiques ou autres moyens électromagnétiques) s'est développée rapidement, notamment pour ce qui est du recours à l'Internet dans les procédures de passation des marchés, que le présent Guide désignera sous le terme générique de "procédures dématérialisées"[15]. Il est apparu que les procédures dématérialisées offrent de nombreux avantages potentiels, notamment un meilleur rapport qualité-prix du fait d'une concurrence renforcée sur un marché des achats élargi, une meilleure information des fournisseurs et des entrepreneurs et des techniques plus compétitives, des économies de temps et d'argent, une meilleure administration des marchés attribués et, dans certains cas, une meilleure application des règles et des politiques et une réduction des risques de corruption et d'abus. Les procédures dématérialisées offrent en outre une excellente occasion de renforcer la confiance du public et la transparence du processus. La Commission a donc considéré que la Loi type devrait prévoir des dispositions de manière à permettre l'utilisation de ces procédures.

3) Cependant des règles régissant l'utilisation des procédures dématérialisées seront peut-être nécessaires pour résoudre certaines questions, à savoir le risque de discrimination lorsque l'accès à l'infrastructure nécessaire fait défaut, la sécurité, la confidentialité et l'authenticité dans les communications électroniques, et l'impact des méthodes modernes de passation des marchés sur [d'autres] objectifs de politique générale. Les modifications apportées à la Loi type de 1994 visent à répondre à ces différentes préoccupations et le présent Guide expose les objectifs des modifications elles-mêmes.

4) Bien que certains problèmes posés par les procédures dématérialisées puissent être réglés dans le cadre des dispositions de la Loi type de 1994 (ou par l'interprétation des lois et règles existantes, y compris comme l'indique le

---

[14] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de conserver dans la version finale du Guide pour l'incorporation les sous-titres figurant dans le projet, ceux-ci ayant été introduits principalement pour faciliter la lecture pendant le processus de rédaction. S'ils fournissent des repères utiles pour la consultation du document, les sous-titres risquent également d'affecter la fluidité du texte.

[15] Ce passage a été ajouté pour répondre à la demande formulée par le Groupe de travail pour que soit introduite une description du terme "électronique" et des termes connexes dans le Guide pour l'incorporation, plutôt qu'une définition de ces termes dans la Loi type elle-même (voir également A/CN.9/590, par. 43, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 6 à 12).

Guide pour l'incorporation de 1994), la Commission a révisé le texte de la Loi type afin d'y prévoir des dispositions appropriées ou d'y fournir des précisions lorsque cela était nécessaire et afin de promouvoir, dans les cas appropriés, l'utilisation de ces procédures comme un moyen de favoriser la réalisation des objectifs de la Loi type même. L'objectif de ces dispositions est de faire en sorte que la Loi type confère un statut équivalent à [tous les moyens/toutes les méthodes] de communication et que leur utilisation fasse l'objet de garanties adéquates, par exemple que les entités adjudicatrices, en choisissant le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché, ne fassent pas de discrimination entre fournisseurs et entrepreneurs] [choisissent des moyens [généralement] [raisonnablement] [communément] disponibles [et compatibles [ou interopérables] avec ceux d'usage commun ou général]. Il convient de noter que ces dispositions visent à s'appliquer aux passations de marchés internationaux et nationaux, afin que les fournisseurs étrangers puissent accéder à la procédure, même lorsque l'infrastructure électronique n'est pas disponible de la même manière pour tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels.

ii) Articulation entre la législation relative aux procédures dématérialisées et la législation sur le commerce électronique

5) (inchangé)

6) L'une des principales conditions nécessaires à l'utilisation efficace des communications électroniques est celle de la certitude quant à la reconnaissance juridique, la validité et la force exécutoire des communications électroniques créées lors du processus contractuel. C'est pourquoi la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique vise à permettre la réalisation d'opérations commerciales par voie électronique en sécurisant l'utilisation des communications électroniques de telle manière que l'exigence de communications et de documents "écrits" ou "originaux", les formalités de formation des contrats et les critères de recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal recouvrent à la fois les communications et documents sur support papier et électroniques.

7) Pour ce faire, la Loi type sur le commerce électronique pose un principe général d'équivalence fonctionnelle entre les communications, de sorte que les communications électroniques jouissent de la même reconnaissance que les documents sur support papier traditionnel, afin que les uns et les autres soient lisibles par tous, inaltérables, reproductibles (chaque partie ayant un exemplaire du même texte) et authentifiables au moyen d'une signature, et qu'ils se présentent sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux.

8) Les articles 5, 6, 7 et 8 de la Loi type sur le commerce électronique prévoient en substance l'équivalence fonctionnelle entre communications sur papier et communications électroniques, en abordant la question de la "reconnaissance juridique des messages de données [communications électroniques], ainsi que les notions d'"écrit", de "signatures" et d'"original". Ces dispositions, qui doivent être lues conjointement, ont pour effet combiné de conférer aux communications électroniques le même degré de

reconnaissance et de validité juridiques qu'aux communications sur papier de sorte que leur effet juridique, leur validité et leur force exécutoire ne seront pas déniés au seul motif que ce sont des communications électroniques et non des communications sur papier.

9) (supprimé)

10) Les problèmes particuliers qui se posent en cas de signature électronique des documents et lors de la conclusion de contrats par voie électronique sont examinés dans le commentaire relatif à l'article 36 ("Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché") ci-après.

11) (inchangé)

iii) Comment permettre l'utilisation des communications électroniques dans la Loi type révisée

12) (inchangé)

13) Les dispositions proposées dans la présente Loi type révisée prévoient que toute obligation faite par cette dernière de présenter un écrit, de publier certaines informations, de procéder à des soumissions ou des ouvertures d'offres, d'établir un procès-verbal ou de participer à une réunion peut être satisfaite par l'utilisation de tout moyen de communication, électronique ou autre, au même effet. (S'agissant d'une réunion, l'utilisation de communications électroniques signifie que les participants peuvent suivre les discussions et y participer en utilisant des moyens électroniques de communication.) Bien que la validité juridique de ce type de communications doive être prévue expressément par la législation générale sur le commerce électronique de l'État adoptant, le contexte de la passation des marchés exige des dispositions particulières supplémentaires, par exemple pour certains aspects de la soumission des offres, abordés aux articles 27 h), q), r) et z), 30, 31-2 et 33 de la Loi type [de 1994] [mettre à jour les renvois]. Dans ces cas, le bien-fondé et les objectifs de ces dispositions sont exposés dans la section correspondante du présent Guide [ajouter les renvois].

14) La Loi type révisée encourage également, lorsque cela est approprié, mais ne l'exige généralement pas, le recours aux procédures dématérialisées. Toutefois, l'entité adjudicatrice peut exiger l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation en vertu des articles [4 *ter* et 9], et le recours aux procédures dématérialisées est exigé dans le cas de [renvoi aux procédures dématérialisées, telles que les enchères électroniques inversées et les systèmes d'acquisition dynamiques].

15), 16) (inchangés)"

Commentaire

14. Le paragraphe 4 du texte ci-dessus sera conforme au libellé du texte relatif aux "critères d'accessibilité" (voir également les paragraphes 17 et 18 ci-après). Le Groupe de travail ayant noté que le texte du Guide pour l'incorporation devrait

traiter la question de la discrimination qui peut découler de l'existence de niveaux d'infrastructure différents[16], il voudra peut-être examiner les orientations proposées à la dernière phrase du paragraphe 4.

b) Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 *bis*

15. Le texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 *bis* à rédiger une fois que les dispositions de la Loi type auront été arrêtées indiquera que le but de cette disposition est d'assurer l'équivalence fonctionnelle de toutes les formes de communication et renverra à l'introduction générale. Bien que la nouveauté relative des communications électroniques puisse justifier quelques explications qui ne sont pas nécessaires pour les formes traditionnelles de communication, le texte sera rédigé de manière à ne pas devenir obsolète.

16. Le Groupe de travail a demandé que la description générique des éléments couverts par l'article soit étendue. Le Guide pour l'incorporation soulignera donc que cet article devait faire l'objet d'une interprétation extensive pour englober toute exigence impliquant une présence physique ou un environnement papier[17].

C. Critères d'accessibilité (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 30 à 32, et A/CN.9/590, par. 28 à 33)

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *ter*

17. Le Groupe de travail, à sa huitième session, a prié le secrétariat de réviser le projet de texte relatif aux "critères d'accessibilité" examiné à cette même session, de manière que ces critères s'appliquent à tous les moyens de communication, et non seulement aux moyens électroniques[18], et à toutes les étapes de la passation de marchés[19], d'en faire une disposition distincte de la disposition relative à l'équivalence fonctionnelle[20], et d'en rédiger le texte sur la base de celui qui figure au paragraphe 30 du document A/CN.9/590, avec deux ajouts éventuels. Les révisions apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 3) sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent.

> "**Article 4 *ter*. Critères d'accessibilité**
>
> L'entité adjudicatrice s'assure que [le moyen/la méthode][21] qu'elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents, pour tenir des réunions et pour la soumission et l'ouverture des offres:
>
> [ne constituera pas de discrimination [déraisonnable]] [n'entraînera pas de discrimination [déraisonnable]] entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels

---

[16] A/CN.9/590, par. 40.
[17] A/CN.9/590, par. 22, d'après la liste figurant au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.38.
[18] A/CN.9/590, par. 23.
[19] A/CN.9/590, par. 36.
[20] Article 4 *bis* actuel, énoncé plus haut. Voir également A/CN.9/590, par. 28.
[21] Voir plus haut, par. 11.

ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, ou ne limitera pas autrement [de façon importante] la concurrence.

[*ajouts éventuels*]

ne constituera pas un obstacle au processus de passation, et

que ces [moyens/méthodes] de communication sont généralement [raisonnablement] [couramment] disponibles [et compatibles [et interopérables] avec ceux d'usage courant ou général]."

Commentaire

18. Le Groupe de travail est convenu, à sa huitième session, d'examiner plus avant, à sa neuvième session, les dispositions relatives aux "critères d'accessibilité", afin de traiter les questions ci-après, restées en suspens:

a) Parmi les critères ci-après, caractérisant un moyen de communication adapté, lequel ou lesquels seraient retenus: ceux qui "ne constituent pas un obstacle au processus de passation", qui sont "généralement", "raisonnablement", "couramment" disponibles, et "compatibles" ou "interopérables" avec ceux d'usage courant ou général (le Groupe de travail pourra aussi considérer que le mot "interopérables" est trop technique pour ce type de texte). Le Groupe de travail a observé que le terme "généralement" relève de la notion d'universalité, que le terme "raisonnablement" relève d'une considération distincte (à savoir que, dès lors que la technologie est largement utilisée et relativement bon marché, il ne serait plus discriminatoire d'exiger son utilisation), et que le terme "couramment" signifie que la technologie est largement disponible, mais peut-être pas pour tous ou presque tous les utilisateurs[22];

b) Faudrait-il supprimer les mots "déraisonnable" et "de façon importante" du paragraphe introductif, et la phrase devrait-elle devenir "ne constituera pas de discrimination" ou "n'entraînera pas de discrimination"[23]?

c) Les concepts de moyens "généralement disponibles" et de "non-discrimination" devraient-ils faire l'objet d'une disposition distincte, l'un englobait-il l'autre et pouvait-il y avoir entre eux une certaine incompatibilité[24]?

d) À quel endroit du texte de la Loi type les dispositions relatives aux "critères d'accessibilité" devraient-elles figurer? Le Groupe de travail a prié le secrétariat de lui faire des propositions à ce sujet pour qu'il les examine à sa prochaine session[25]. Ces propositions sont examinées au paragraphe 22 ci-après.

---

[22] A/CN.9/590, par. 29, et paragraphe 4 des Remarques liminaires générales du Guide pour l'incorporation, introductives à l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation, figurant à la suite du paragraphe 13 ci-dessus.

[23] A/CN.9/590, par. 31.

[24] A/CN.9/590, par. 32.

[25] A/CN.9/590, par. 33.

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 4 *ter*

19. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le texte ci-après, relatif aux "critères d'accessibilité"[26]. Ce texte, qui est nouveau, remplace dans son intégralité celui qui figure au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.I/WP.38.

"**Article 4 *ter*. Critères d'accessibilité**

1) L'article 4 *ter* de la Loi type dispose que l'entité adjudicatrice peut choisir les moyens par lesquels elle communiquera avec les fournisseurs ou les entrepreneurs durant le processus de passation des marchés, y compris la soumission d'offres (dont on ne peut exiger, aux termes de l'article 30 du texte de 1994, qu'elle se fasse par voie électronique). Cette disposition est destinée à permettre à l'entité adjudicatrice d'insister sur un moyen de communication particulier, tel qu'un moyen électronique, sans avoir à justifier son choix. Cette possibilité est toutefois soumise à la condition que le moyen de communication choisi soit conforme aux "critères d'accessibilité", qui s'appliqueront à tout moyen de communication choisi. Les "critères d'accessibilité" ont été introduits pour renforcer les garanties prévues par l'article contre les pratiques discriminatoires ou d'autres pratiques d'exclusion de la part des entités adjudicatrices et pour empêcher que le moyen de communication choisi n'entrave l'accès, afin de préserver les objectifs de la Loi type.

2) Les "critères d'accessibilité" ont également été introduits pour guider les entités adjudicatrices dans le choix des moyens de communication adaptés à chaque marché, à une époque où les progrès technologiques avancent à grand pas et où de nouvelles technologies peuvent apparaître et ne pas être, pendant un certain temps, suffisamment accessibles (que ce soit pour des raisons techniques, des raisons de coût ou autres). [Ajouter toute discussion ultérieure relative à la compatibilité et à l'interopérabilité, et à la nécessité sous-jacente d'un réseau ouvert et généralement disponible, capable de traiter et transmettre les signaux numériques].

3) L'obligation, pour l'entité adjudicatrice, de respecter les "critères d'accessibilité" sera susceptible de recours en vertu de l'article 52, et l'exigence de faire figurer le choix du moyen de communication au procès-verbal dressé conformément à l'article 11 permettra d'apprécier la décision de l'entité adjudicatrice et sa conformité avec les "critères d'accessibilité".

4) Ces dispositions visent également à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs n'aient pas le droit d'exiger un moyen de communication particulier avec une entité adjudicatrice, et que l'on ne puisse les interpréter comme conférant un tel droit."

---

[26] Le texte proposé présente des modifications mineures par rapport à celui qui avait été proposé à la huitième session pour accompagner l'article 9 révisé de la Loi type, qui figure à la suite du paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1.

D. Forme des communications (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 1 à 5, et A/CN.9/590, par. 34 à 42)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 9 de la Loi type

20. Le Groupe de travail, à sa huitième session, a prié le secrétariat de réviser les ajouts proposés au texte de l'article 9 figurant à la suite du paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1[27]. Les révisions proposées en réponse à cette demande sont indiquées dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 4) sous forme de suivi des modifications.

"**Article 9. Forme des communications**

1) Les documents, notifications, décisions et autres communications [visés dans la présente Loi] entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition qu'elle se conforme dans chaque cas aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à][28] l'article [4 *ter*].

2) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres communications [visés dans la présente Loi] qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste la teneur de la communication et est accessible pour être consultée ultérieurement.

3) Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7 4) et 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) à f) et 47 l) [mise à jour pour modifications de la Loi type] peuvent être faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation et accessible pour être consultée ultérieurement.

4) Les règlements en matière de passation des marchés établissent des mesures pour garantir l'accessibilité des communications et la non-discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs de manière à donner effet aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*], et peuvent établir des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications ainsi que l'interopérabilité des systèmes utilisés pour les transmettre et les recevoir[29]."

---

[27] A/CN.9/590, par. 42.

[28] Voir note 8 ci-dessus.

[29] Le Groupe de travail estimera peut-être que toutes les considérations ou dispositions relatives aux "critères d'accessibilité" devraient figurer au même endroit, par exemple à l'article 4 *ter*. S'il se prononce pour cette solution, les dispositions du présent paragraphe et les passages pertinents du Guide pour l'incorporation (par. 3 *bis*, *ter*, *quater* et *quinquies*) pourraient être déplacés.

Commentaire

21. Le Groupe de travail ayant demandé la suppression de toute répétition entre ces dispositions et celles relatives à l'équivalence fonctionnelle et aux "critères d'accessibilité", le paragraphe 3 du texte existant a été supprimé[30].

22. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si la portée de l'article 9 devait être étendue, de manière que l'équivalence fonctionnelle et les "critères d'accessibilité" soient regroupés avec la forme des communications. Toutefois, il estimera peut-être que cette solution risque d'être source de confusion, étant donné la portée autrefois restreinte de l'article[31], étant donné en outre que des critères équivalents seraient alors nécessaires pour la publication et la conservation des informations (articles 5 et 11 de la Loi type), et que de tels ajouts seraient redondants et allongeraient inutilement la Loi type.

23. Le paragraphe 1 du projet ci-dessus remplace la disposition du paragraphe 1 du texte de la Loi type de 1994 (qui autorisait l'entité adjudicatrice à spécifier la forme des communications dans le dossier de sollicitation) et les paragraphes 1 *bis* et 1 *ter* précédemment proposés (qui autorisaient l'entité adjudicatrice à spécifier le moyen de communication et à exiger que les offres soient soumises par voie électronique) par une obligation de faire imposant d'énoncer dans ce dossier la forme de communication choisie. Le Groupe de travail a demandé que ces changements soient apportés en attendant la fin de ses délibérations sur l'"équivalence fonctionnelle"[32].

24. Les paragraphes 1 et 2 mentionnent entre crochets les communications "visé[e]s dans la présente loi". L'insertion de ce membre de phrase est cohérente par rapport au texte de 1994, mais le Groupe de travail estimera peut-être que toutes les communications créées entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice devraient être soumises aux dispositions de cet article, qu'elles soient ou non visées expressément dans la Loi type.

25. Le Groupe de travail a également demandé que les dispositions imposent aux États adoptants d'adopter une réglementation garantissant l'accessibilité de ces communications, et les inviterait à le faire pour les problèmes techniques soulevés par l'utilisation des communications électroniques[33]. Cependant, il considérera peut-être que ces questions pourraient figurer avec les "critères d'accessibilité" dans le projet d'article 4 *ter*[34].

---

[30] A/CN.9/590, par. 35 et 38.

[31] A/CN.9/590, par. 34. Les "critères d'accessibilité" pourraient par exemple être introduits en tant que restriction au paragraphe 1 du texte ci-avant, les dispositions relatives à l'équivalence fonctionnelle étant introduites à la suite du paragraphe 2.

[32] Le Groupe de travail a toutefois demandé qu'au cas où le paragraphe 1 *bis* précédent serait maintenu dans la disposition finale relative à l'"équivalence fonctionnelle" la mention de "communications avec" des fournisseurs ou des entrepreneurs devienne "communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou les entrepreneurs". Voir également A/CN.9/590, par. 37. Cette demande a été appliquée au projet de paragraphe 1.

[33] A/CN.9/590, par. 39 et 40.

[34] Voir note 29 ci-dessus.

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type

26. Le texte ci-après montre les modifications apportées au texte qui fait suite au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1. Les paragraphes précédant le paragraphe 3 *bis* n'ont fait l'objet d'aucune modification, mais le Groupe de travail estimera peut-être que le paragraphe 2 du texte de 1994 devrait être supprimé, aussi n'est-il pas répété. Les modifications apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 5) sous forme de suivi des modifications par rapport au texte précédent.

"**Article 9. Forme des communications**

1) (inchangé)

1) *bis* [L'article 4 *ter*] de la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de choisir le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché particulière, et les "critères d'accessibilité" (qui s'appliquent également à tous les moyens de communication, qu'ils soient électroniques, sur papier ou autres) soumettent ce choix à certaines conditions, de manière à sauvegarder les objectifs de la Loi type (notamment empêcher que le moyen de communication choisi n'entrave l'accès à la passation des marchés). Les dispositions de cet article exigent que le choix de la forme des communications soit énoncé dans le dossier de sollicitation et font référence à un seul choix du moyen de communication pour chaque passation de marché (et non pour chaque fournisseur ou entrepreneur). Le dossier de sollicitation peut toutefois prévoir d'autres moyens de soumission pour des documents ou catégories de documents identifiés qui ne peuvent être soumis par le moyen de communication choisi (tels que garanties de soumission, dessins complexes, et certificats formels d'immatriculation, paiement des impôts, etc., qui (au moment où ces lignes sont écrites) ne sont généralement pas disponibles sous forme électronique)[35].

2) 3) (inchangés)

3) *bis*[36] Le nouveau paragraphe 3 a pour but d'appeler l'attention des États adoptants sur le fait que:

a) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'authenticité des communications;

b) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient être suffisants pour préserver l'intégrité des données;

c) La confidentialité des informations soumises par les fournisseurs ou relatives aux fournisseurs devrait être préservée;

d) Les outils ou systèmes utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient être parfaitement compatibles (ou interopérables);

---

[35] Ce texte remplace celui du paragraphe 3 *bis* de la version précédente. Voir également A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 4.

[36] Le Groupe de travail souhaitera peut-être placer les dispositions de ce paragraphe et des suivants à l'article 4 *ter* sur les "critères d'accessibilité". Voir note 29 ci-dessus.

e) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient permettre d'établir la date et, lorsque c'est important, l'heure de la réception des documents. Cette heure est importante pour l'application des règles de la passation des marchés par exemple, la soumission des demandes de participation et des offres/propositions; et

f) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications devraient être sécurisés, autrement dit empêcher l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes d'accéder aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés et que les concurrents ne puissent avoir eux-mêmes accès à ces informations.

3) *ter*. En ce qui concerne les communications électroniques, les points a), b) et c) du paragraphe précédent relèvent du droit général du commerce électronique et, comme il a été noté au paragraphe [renvoi à la partie sur les orientations générales] ci-dessus, les États adoptants [souhaiteront] [souhaiteront peut-être][37] examiner si leur législation actuelle prévoit des règles adéquates pour les communications pouvant être créées dans le processus de passation, si une réglementation supplémentaire est nécessaire et s'ils doivent faire référence à la nécessité de telles règles dans leur réglementation sur la passation des marchés. Par exemple, les entités adjudicatrices devraient s'assurer que leurs systèmes sont en mesure de garantir un niveau d'authentification et de confidentialité proportionnel au risque et à la gravité du préjudice découlant de la perte, de l'utilisation abusive, de la consultation non autorisée ou de la modification des informations.

3) *quater.* Les points d), e) et f) requièrent des solutions propres à la passation de marchés, en rapport essentiellement avec la soumission électronique des offres et sont traités dans les paragraphes [renvoi] ci-dessous.

3) *quinquies.* Les États adoptants souhaiteront peut-être autoriser les entités adjudicatrices à faire payer tous systèmes exclusifs (tels que des logiciels) nécessaires pour les communications pour une passation de marché particulière, mais ils devraient veiller à ce qu'elles ne puissent recourir à un système payant pour prélever des droits disproportionnés ou restreindre l'accès à la procédure de passation."

Commentaire

27. Le Groupe de travail a noté que le Guide pour l'incorporation devrait souligner l'équivalence fonctionnelle de tous les moyens de communication afin qu'il ne soit pas imposé de critères d'authenticité, d'intégrité, d'interopérabilité et de confidentialité plus rigoureux pour les communications électroniques que pour les communications sur papier, et qu'il devrait aborder les problèmes techniques soulevés par l'utilisation des communications électroniques et les liens entre cet article et la teneur du dossier de sollicitation, qui peuvent ménager des exceptions

---

[37] Voir par. 48.

pour les documents non électroniques (par exemple garanties de soumission, dessins complexes, et certificats formels d'immatriculation, paiement des impôts, etc., dont il est question aux paragraphes 1 à 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1)[38].

28. Le Groupe de travail a demandé également que le Guide pour l'incorporation précise que les entités adjudicatrices peuvent prélever des droits raisonnables pour le logiciel nécessaire[39].

E. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement (A/CN.9/590, par. 44, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 13 à 15)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type

29. Le Groupe de travail a demandé que soient apportées au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 les modifications ci-après. Ces modifications apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 6) sous forme de suivi des modifications.

"**Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché**

1) *bis*. Les articles 27 y) et 38 u) de la Loi type font référence à un marché "écrit", et l'article 36-2 a) et b) dispose que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit". Les États adoptants [souhaiteront] [souhaiteront peut-être][40] s'assurer que leur législation actuelle reconnaît les marchés conclus électroniquement.

a) Contrats électroniques[41]

1) *ter*. L'article 11 de la Loi type sur le commerce électronique a pour objet de promouvoir le commerce international en réduisant les incertitudes juridiques quant à la formation et à la conclusion de contrats par des moyens électroniques (même si l'offre et l'acceptation sont générées par des ordinateurs). Les dispositions énoncent que la validité ou la force exécutoire d'un contrat ne sont pas déniées pour le seul motif qu'il a été conclu au moyen de communications électroniques.

b) Signatures électroniques

1) *quater*. Les États adoptants, en accord avec leur législation sur le commerce électronique, [souhaiteront] [souhaiteront peut-être][42] prescrire la façon dont les parties signeront ou authentifieront d'une autre manière un marché passé électroniquement. Certains États peuvent exiger des signatures numériques ou d'autres formes authentifiées de signature électronique dans le

---

[38] Voir également A/CN.9/590, par. 40 et 42.
[39] A/CN.9/590, par. 41.
[40] Voir par. 48.
[41] S'agissant du maintien des sous-titres dans le texte, voir la note 14 ci-dessus.
[42] Voir par. 48.

domaine du commerce électronique, exigence qui pourra s'appliquer à la passation des marchés, à condition qu'elle n'entrave pas l'accès à cette passation.

1) *quinquies*. L'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques[43] encouragent le recours aux signatures électroniques en disposant que celles-ci sont l'équivalent fonctionnel de signatures manuscrites. Les dispositions elles-mêmes énoncent qu'une signature électronique satisfait à une exigence de "signature" imposée par la loi si la fiabilité de cette signature est suffisante au regard de l'objet de la communication électronique pertinente dans les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

Commentaire

30. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir les dispositions concernant les signatures électroniques, afin d'examiner si les orientations devraient traiter du caractère approprié de ces dispositions aussi bien en matière de passation de marchés que dans le domaine commercial.

F. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché (A/CN.9/590, par. 24 et 45, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 16 à 18)

1. Texte qu'il est proposé d'ajouter à l'article 11 de la Loi type

31. Le Groupe de travail ayant demandé que l'on rende compte de l'application des "critères d'accessibilité" en indiquant dans le procès-verbal de la procédure la décision relative au moyen de communication, le nouvel alinéa ci-après est proposé[44].

"**Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés**

1) L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

…

b) *bis*. la décision de l'entité adjudicatrice quant au moyen de communication à utiliser dans la procédure de passation."

---

[43] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et son guide pour l'incorporation ont été publiés comme publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html).

[44] A/CN.9/590, par. 24.

2. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 de la Loi type

32. Le Groupe de travail a demandé que le texte précédent soit modifié pour faire en sorte que l'entité adjudicatrice ne soit tenue de garder les informations accessibles que jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu par l'article 52 de la Loi type, et pour tenir compte des "critères d'accessibilité"[45]. Les modifications apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 7) sous forme de suivi des modifications.

"**Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés**

…

1) *bis*. L'article 11, toutefois, porte sur l'accessibilité et la disponibilité de l'information contenue dans le procès-verbal et ne prévoit aucune disposition sur la forme de ce dernier ni sur les conditions pour le dresser sous un format particulier. Les "critères d'accessibilité" de [l'article 4 *ter*] obligent cependant l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle dresse un procès-verbal, à choisir un moyen de conservation de l'information qui permette à cette dernière d'être et de rester accessible jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu à l'article 52 de la Loi type[46]. En outre, les États adoptants [souhaiteront] [souhaiteront peut-être][47] adopter des réglementations garantissant que les systèmes de conservation des procès-verbaux sont parfaitement compatibles (ou interopérables) et qu'ils permettent de vérifier chaque communication échangée dans le processus de passation, de telle sorte que la traçabilité (émetteur, destinataire, heure et durée) de chaque communication puisse être établie (et que le traitement ou le calcul automatique des données puisse être reconstitué). Les réglementations pourraient également déterminer s'il faut conserver la trace de l'accès au procès-verbal et aux documents contractuels et régler tout problème éventuel de protection des données afin de garantir l'intégrité et la sécurité de celles-ci ainsi que la confidentialité des communications et de l'information, tel que cela est exposé plus en détail dans [renvoi au paragraphe approprié du Guide.] La disposition [du paragraphe 1 b) *bis*] exigeant que l'entité adjudicatrice indique le moyen de communication choisi dans le procès-verbal de la procédure de passation est incluse de manière à permettre que la décision de l'entité adjudicatrice et son respect des "critères d'accessibilité" contenus dans [les articles 4 *ter* et 9] fassent l'objet d'un recours en vertu de l'article 52 si nécessaire."

---

[45] Voir également A/CN.9/590, par. 45.

[46] Le libellé exact de cette disposition dépendra des conclusions du Groupe de travail quant à la formulation des "critères d'accessibilité".

[47] Voir par. 48.

G. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix (A/CN.9/590, par. 46 à 49, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 19 à 23)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 30 de la Loi type

33. Le Groupe de travail a demandé que les modifications suivantes soient apportées au texte de l'article 30[48]. Les révisions demandées apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 8), sous la forme de suivi des modifications.

"**Article 30. Soumission des offres**

...

a) Les offres sont soumises sous la forme spécifiée dans le dossier de sollicitation, à condition que le moyen de soumission choisi par l'entité adjudicatrice respecte [les dispositions de/les critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*] au moment du choix du moyen de soumission."

Commentaire

34. Le Groupe de travail a différé son examen du texte du Guide pour l'incorporation présenté dans le document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 26 et 27, ainsi que de la question de savoir si une autre disposition traitant de la modification des offres serait nécessaire jusqu'à la finalisation des modifications de l'article 30-5 a) de la Loi type[49, 50].

H. Ouverture électronique des offres (A/CN.9/590, par. 50 et 51, et A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, par. 28 à 32)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 33 de la Loi type

35. Le Groupe de travail a demandé que les modifications suivantes soient apportées au texte de l'article 33[51]. Les révisions demandées apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 9) sous la forme de suivi des modifications.

"**Article 33. Ouverture des offres**

...

4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique conformément à [insérer les dispositions traitant des

---

[48] A/CN.9/590, par. 47.

[49] A/CN.9/590, par. 51.

[50] Le Groupe de travail a demandé que l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation) de la Loi type comporte l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'indiquer dans ce dossier la forme sous laquelle les offres devaient être soumises, avec des renvois appropriés aux dispositions relatives à l'"équivalence fonctionnelle". Voir aussi le paragraphe 47 du document A/CN.9/590. Le secrétariat présentera une version révisée de l'article 27 en temps utile.

[51] A/CN.9/590, par. 50.

communications électroniques, des enchères inversées et, le cas échéant, d'autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres conformément aux exigences de l'article 33-2 s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture [simultanément/instantanément/par les moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice.]"

Commentaire

36. L'utilisation de communications électroniques dans le cadre d'une réunion permet aux participants de suivre la procédure par l'intermédiaire de ces moyens électroniques et d'y participer[52]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la référence aux moyens "électroniques" de communication est appropriée puisqu'il a exprimé le souhait de présenter des dispositions technologiquement neutres et si une référence à une communication instantanée ou simultanée serait nécessaire pour offrir les garanties qui existaient dans l'article d'origine.

37. Le Groupe de travail a différé son examen du texte du Guide pour l'incorporation présenté à la suite du paragraphe 32 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 jusqu'à la finalisation du texte de la Loi type[53].

I. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 34 à 42 et A/CN.9/590, par. 52 à 63)

1. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 5 de la Loi type

38. Le Groupe de travail a demandé que les modifications suivantes soient apportées à la proposition de texte de l'article 5[54]. Les révisions demandées apparaissent dans l'additif (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, par. 10) sous la forme de suivi des modifications.

"**Article 5. Accès du public [à la réglementation des marchés] [aux informations relatives à la passation des marchés]**

Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, toutes les modifications audit texte, et toutes les décisions judiciaires sur son application, sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

---

[52] Une disposition équivalente sera intégrée dans les autres articles de la Loi type qui se rapportent aux réunions.

[53] A/CN.9/590, par. 51.

[54] A/CN.9/590, par. 57 et 58.

Ajouts possibles

[[Un État adoptant peut choisir de rendre accessibles au public des informations supplémentaires concernant les règles ou instructions internes, ou d'autres informations.]]

[Tous les autres documents et informations dont la présente Loi exige la publication sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.]

[Les règlements en matière de passation des marchés prévoient le média et les modalités de publication des informations en vertu de la présente Loi.]"

Commentaire

39. Le Groupe de travail n'a pas présenté sa position quant aux ajouts proposés.

40. Le premier ajout proposé donne à un État adoptant la possibilité d'ajouter toutes informations supplémentaires dont il peut exiger la publication.

41. Le deuxième ajout proposé couvre la publication des informations qui doivent être publiées en vertu de la Loi type, en plus de la réglementation des marchés mentionnée au paragraphe 1. (Ces informations incluent l'avis d'attribution d'un contrat (article 14), la sollicitation d'offres ou de demandes de présélection (article 24) (voir également les dispositions pertinentes des articles 37, 46, 47 et 48), et d'autres informations dont la publication pourra être exigée en vertu des dispositions révisées de la Loi type ou par un État adoptant s'il exerce l'option prévue par le paragraphe 2 proposé.)

42. Le troisième ajout proposé renforce les dispositions relatives au support de publication évoqué actuellement dans plusieurs articles de la Loi type (voir articles 14, 24, 37, 47 et 48) et traite des questions restées en suspens après la huitième session[55]. Le Groupe de travail a noté que les réglementations ne répondaient peut-être pas de manière adéquate aux préoccupations liées à la publication électronique (plutôt que sur support papier) des informations relatives à la passation des marchés, notamment la prolifération de sites Internet consacrés à la passation des marchés et la surabondance des informations relatives à la passation des marchés, qui compliquent la recherche d'informations nécessaires, utiles et exactes. Une réglementation spécifique serait donc peut-être nécessaire.

43. Le Groupe de travail a noté que ces préoccupations étaient prises en compte dans certaines législations nationales, qui exigent un seul média centralisé, où toutes les informations juridiquement contraignantes, authentiques et officielles relatives à la passation des marchés doivent être mises à la disposition du public et systématiquement tenues à jour. La plupart de ces réglementations interdisent par ailleurs la publication d'informations relatives à la passation des marchés dans d'autres médias avant leur publication dans le média désigné. Certaines réglementations exigent expressément que les mêmes avis publiés dans différents médias contiennent les mêmes informations[56]. Le Groupe de travail estimera peut-être que la Loi type devrait exiger que les réglementations relatives à la

---

[55] A/CN.9/590, par. 63.
[56] A/CN.9/590, par. 63, et A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, par. 29.

passation des marchés traitent ces questions et que le Guide devrait en dire davantage sur les bonnes pratiques dans le domaine.

2. Propositions de dispositions relatives à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

44. La disposition suivante relative à la publication de ces informations (les termes soulignés indiquent la modification proposée à la huitième session du Groupe de travail) pourrait être incluse dans la Loi type révisée comme article distinct après l'article concernant l'accès du public [à la réglementation des marchés] [aux informations relatives à la passation des marchés] (actuellement l'article 5), ou fusionnée avec ce dernier, comme cela a été suggéré à la huitième session du Groupe de travail[57]:

> "Aussi rapidement que possible après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier un avis de leurs besoins prévus en matière de passation de marchés pour les [l'État adoptant indique une période] suivant(e)s."

3. Texte du Guide pour l'incorporation concernant la publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés

45. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant[58]:

a) Publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés

"1) Avec les moyens modernes de publication de l'information et les économies de coûts, de temps et d'efforts qui en résultent, une quantité plus importante d'informations relatives à la passation des marchés que ne l'exige la Loi type est devenue accessible au public, souvent sous forme électronique. Ces informations comprennent i) des manuels, guides et recommandations sur la passation de marchés, ii) le dossier de sollicitation ou les documents de présélection dans leur intégralité, iii) diverses listes de biens standardisés, iv) des informations sur l'état d'avancement des procédures de passation de marché en cours, y compris les avis de suspension et les procédures annulées, v) les procès-verbaux des procédures de passation, vi) des rapports statistiques notamment sur les résultats des procédures de passation et sur les marchés conclus, et vii) tout renseignement utile d'ordre général, concernant par exemple le point de contact chargé de répondre aux questions courantes concernant la passation de marchés.

2) La Loi type ne traite pas explicitement de ces informations supplémentaires. Néanmoins, elle n'empêche pas les États adoptants d'exiger, d'encourager ou de permettre expressément que des informations supplémentaires soient rendues accessibles au public, dans l'intérêt des entrepreneurs ou des fournisseurs. En particulier, les manuels, guides et recommandations sur la passation de marchés, qui n'ont souvent pas le statut

---

[57] A/CN.9/590, par. 59 et 62.

[58] D'autres modifications pourraient également être requises pour prendre en compte la décision du Groupe de travail relative à la portée de l'article 5.

de textes juridiques et risquent donc de ne pas entrer dans le champ d'application [du paragraphe 1 de l'article 5], peuvent couvrir des aspects importants des pratiques et procédures internes de passation des marchés, qu'il serait souhaitable de mettre à la disposition du public. Des incitations peuvent être fournies pour encourager la publication de certains types d'informations, par exemple le dossier de sollicitation dans son intégralité, en permettant un abrègement du délai requis pour la soumission des offres. Bien que la Loi type exige que les informations minimales nécessaires à la transparence du processus de passation soient rendues accessibles au public et systématiquement tenues à jour, l'introduction d'exigences similaires à la publication d'informations supplémentaires qui sont utiles mais pas indispensables pourrait être onéreuse et avoir un effet dissuasif sur la publication elle-même. C'est pourquoi il n'est pas fait obligation de tenir à jour systématiquement ces informations, mais cette tenue à jour devrait être encouragée.

3) Un État adoptant devrait également examiner l'étendue des informations à mettre à la disposition du public et la manière dont elles devraient l'être. L'objectif est d'assurer un accès facile du public aux informations d'utilité et d'importance pratiques, ce qui peut être considérablement entravé si des informations abondantes proviennent de nombreuses sources dont l'authenticité et la fiabilité peuvent être incertaines, et dont la tenue à jour systématique risque d'être compromise. Si les mêmes informations publiées dans divers médias ne sont pas mises instantanément à la disposition de tous les fournisseurs intéressés, certains pourront recevoir de meilleures informations et se trouver, involontairement, dans une position plus avantageuse. Le contenu peut lui aussi être une source de préoccupations, notamment pour ce qui est des intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs, de l'application de la loi et de la concurrence loyale.

4) La Loi type traite ces problèmes en exigeant que toute information publiée en vertu de la Loi type soit mise à la disposition du public conformément aux "critères d'accessibilité" énoncés à l'article [4 *ter*]. Ces critères exigent que tout moyen de publication utilisé [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés, n'entraîne pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, ou ne limite pas autrement la concurrence]. Un État adoptant [souhaitera peut-être] envisager des garanties supplémentaires, qui pourraient être insérées dans les règlements en matière de passation des marchés à adopter au titre de l'article 4 de la Loi type ou de toute autre réglementation appropriée. Par exemple, les règlements en matière de passation des marchés peuvent établir la primauté d'un média centralisé unique, où toutes les informations juridiquement contraignantes, authentiques et officielles relatives à la passation des marchés doivent être mises à la disposition du public régulièrement et rapidement, et systématiquement mises à jour, et où les règles définissant les relations avec d'autres médias où ces informations sont susceptibles d'être publiées sont bien précisées ("publications officielles" ou "journaux officiels"). Les réglementations peuvent explicitement interdire la publication des informations dans d'autres médias avant leur publication dans un média central expressément désigné, et

exiger que les mêmes avis publiés dans différents médias contiennent les mêmes données.”

b) Publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir

“1) Les moyens modernes de publication de l’information ont également rendu plus facile la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir. Bien qu’elle n’ait pas de caractère contraignant, la publication de ces informations oblige les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduit le nombre de marchés passés “au coup par coup” ou “dans l’urgence” et devrait de ce fait diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles (elle devrait cependant être sans incidence sur le processus de budgétisation). Elle permet aussi à un plus grand nombre de fournisseurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s’ils sont intéressés par une participation et de préparer leurs offres à l’avance en conséquence, ce qui favorise également la concurrence, la transparence et les économies dans la passation. Ces informations peuvent également 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 des communautés locales.

2) [d’autres dispositions dépendent de la décision du Groupe de travail concernant la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir en vertu de la Loi type]. Un État adoptant peut [exiger la publication de ces informations ou la considérer comme facultative,] [soumettre la publication de ces informations à des conditions particulières, par exemple établir un seuil à partir duquel elle serait exigée, et] définir, dans ses règlements en matière de passation des marchés, d’autres conditions de publication, telles que le contenu des informations publiées, la période couverte et le délai de publication.”

III. Questions en suspens concernant l’utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés: portée de la Loi type et du Guide pour l’incorporation (A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 4 à 23, et A/CN.9/590, par. 12 à 16)

46. Le Groupe de travail a décidé d’examiner ultérieurement s’il faudrait étendre le champ d’application actuel de la Loi type (qui ne couvre que la phase de sélection du fournisseur ou de l’entrepreneur auquel sera attribué le marché public) aux étapes de planification et d’administration des marchés[59], et notamment si des principes généraux minimums applicables à ces deux autres étapes devraient être énoncés dans la Loi type même ou si le Guide pour l’incorporation devrait traiter des bonnes pratiques en matière de planification et d’administration des marchés. De plus amples précisions pourraient être fournies au paragraphe 10 du Guide, qui indique actuellement, par exemple, que “c’est à l’État qui adopte la Loi type qu’il appartient

[59] A/CN.9/590, par. 13, A/CN.9/WG.I/WP.36, par. 78, et A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 12 et 13.

de veiller à ce qu'il y ait des lois et structures appropriées pour régler la phase d'exécution du processus de passation des marchés".

47. Le Groupe de travail a également décidé d'examiner ultérieurement s'il faudrait étendre la portée du Guide en y donnant davantage de précisions sur les aspects à traiter dans la réglementation et en y présentant des projets de réglementation (par exemple, sur l'authenticité, la confidentialité et la sécurité des communications électroniques). Il a relevé l'utilité que cette réglementation pourrait avoir pour l'harmonisation du droit des marchés, tout en soulignant qu'elle devrait faciliter les choses et non être prescriptive, et qu'elle devrait laisser une certaine marge de manœuvre aux États adoptants. Il a également reporté l'examen de la question de savoir si le Guide pour l'incorporation devrait devenir un guide à l'intention non plus seulement des législateurs, mais également des utilisateurs, tels que les responsables de la passation de marchés dans les États adoptants, et dans l'affirmative, quelle forme devrait revêtir toute nouvelle recommandation[60].

48. Le Groupe de travail n'a pas encore décidé si le texte, à insérer dans le Guide pour l'incorporation, faisant référence à la nécessité d'une législation et de règlements d'application adéquats sur le commerce électronique devrait dire, des États adoptants, qu'ils "souhaiteront/voudront" ou qu'ils "souhaiteront/voudront peut-être" prévoir des dispositions appropriées à cet égard.

---

[60] Voir pour plus de détails A/CN.9/WG.I/WP.38, par. 9 à 11 et 19 à 23.

A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

[Les chapitres Ier à III figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.42]

		Paragraphes
IV.	Modifications pouvant être apportées aux textes présentés à la huitième session du Groupe de travail	1-10
A.	Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents	1
B.	Texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés	2
C.	Critères d'accessibilité	3
D.	Forme des communications	4-5
E.	Valeur juridique des marchés conclus électroniquement	6
F.	Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché	7
G.	Soumission électronique des offres, des propositions et des prix	8
H.	Ouverture électronique des offres	9
I.	Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés	10

IV. Modifications pouvant être apportées aux textes présentés à la huitième session du Groupe de travail

Le texte ci-après fait apparaître les modifications pouvant être apportées, par rapport aux textes présentés à la huitième session, aux projets de texte soumis au Groupe de travail à sa neuvième session.

A. Équivalence fonctionnelle entre toutes les méthodes de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article 4 *bis*

"**Article 4 *bis*: Équivalence fonctionnelle entre [tous les moyens][toutes les méthodes] de communication, de publication, d'échange ou de conservation d'informations ou de documents**

Toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion est interprétée comme ~~englobant~~ incorporant [tout moyen utilisé à cet effet, y compris] les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie] à condition que le moyen choisi satisfasse [aux dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*]." ~~l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation:~~

~~a) [ne constitue pas un obstacle au processus de passation des marchés] [s'appuie sur des moyens de communication généralement disponibles];~~

~~b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et~~

~~c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence] [à condition que l'État adoptant ou l'entité adjudicatrice ait l'assurance que cette utilisation satisfait aux critères d'accessibilité énoncés à [l'article **]. [La liste figurant dans la variante A serait insérée dans le Guide pour l'incorporation.] (A/CN.9/568, par. 13).~~

B. Texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés

2. Remarques liminaires générales dans le Guide pour l'incorporation

"i) ~~Présentation des d~~ Dispositions ~~introduisant~~ régissant l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation

1) La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (version de 1994) a été adoptée à une époque où l'utilisation de l'informatique et des communications électroniques était envisagée mais pas encore très répandue. Bien que certaines de ses dispositions rendent possible l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans le processus de passation, la Loi type ne s'attache pas en priorité aux problèmes juridiques posés par l'utilisation de ces technologies et plusieurs de ses dispositions laissent supposer que les communications, l'établissement des procès-verbaux et la production de preuves s'inscrivent en grande partie dans un environnement papier, comme en témoignent les références aux "pièces" et à d'autres concepts analogues, dans les articles 6-2, 7-3 a) iii), 10, 27 c), 36 et 38 f), ainsi que les règles sur la préparation, la

modification, le retrait, la soumission et l'ouverture des offres et la conclusion des marchés.

2) Depuis l'adoption de la Loi type en 1994, l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics (comprenant l'utilisation de matériel électronique pour le traitement, la compression et la conservation numériques des données transmises, acheminées et reçues par câble, radio, moyens optiques ou d'autres moyens électromagnétiques) s'est développée rapidement, notamment pour ce qui est du recours à l'Internet dans les procédures de passation des marchés, que le présent Guide désignera sous le terme générique de "procédures dématérialisées"~~, s'est développée rapidement~~. Il est apparu que les procédures dématérialisées offrent de nombreux avantages potentiels, notamment un meilleur rapport qualité-prix du fait d'une concurrence renforcée sur un marché des achats élargi, une meilleure information des fournisseurs et des entrepreneurs et des techniques plus compétitives, des économies de temps et d'argent, une meilleure administration des marchés attribués et, dans certains cas, une meilleure application des règles et des politiques et une réduction des risques de corruption et d'abus. Les procédures dématérialisées offrent en outre une excellente occasion de renforcer la confiance du public et la transparence du processus. La ~~CNUDCI~~ Commission a donc considéré que la Loi type devrait prévoir des dispositions de manière à permettre l'utilisation de ces procédures.

3) ~~Il a c~~ Cependant, ~~été estimé que~~ des règles régissant l'utilisation des procédures dématérialisées seront peut-être nécessaires pour résoudre certaines questions, à savoir ~~la nouveauté relative des communications électroniques~~, le risque de discrimination lorsque l'accès à l'infrastructure nécessaire fait défaut, la sécurité, la confidentialité et l'authenticité dans les communications électroniques, et l'impact des méthodes modernes de passation des marchés sur [d'autres] objectifs ~~socioéconomiques~~ de politique générale. Les modifications apportées à la Loi type ~~initiale~~ [de 1994] visent à répondre à ces différentes préoccupations et le présent Guide expose les objectifs des modifications elles-mêmes.

4) Bien que certains problèmes posés par les procédures dématérialisées puissent être réglés dans le cadre des dispositions ~~existantes~~ de la Loi type [de 1994] (ou par l'interprétation des lois et règles existantes, y compris comme l'indique le Guide pour l'incorporation de 1994), la ~~CNUDCI~~ Commission a révisé le texte de la Loi type afin d'y prévoir des dispositions appropriées ou d'y fournir des précisions lorsque cela était nécessaire et, ~~si possible,~~ afin de promouvoir, dans les cas appropriés, l'utilisation de ces procédures comme un moyen de favoriser la réalisation des objectifs de la Loi type même. L'objectif de ces dispositions est de faire en sorte que la Loi type confère un statut équivalent à [tous les moyens/toutes les méthodes] de communication et que leur utilisation fasse l'objet de garanties adéquates, par exemple que les entités adjudicatrices, en choisissant le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché, [ne fassent pas de discrimination entre fournisseurs et entrepreneurs] [choisissent des moyens [généralement] [raisonnablement] [communément] disponibles [et compatibles [ou interopérables] avec ceux d'usage commun ou général]. Il convient de noter que ces dispositions visent à s'appliquer aux passations de marchés internationaux et nationaux, afin que les fournisseurs étrangers puissent accéder à la procédure, même lorsque l'infrastructure électronique n'est pas disponible de la même manière pour tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels.

ii) Articulation entre la législation relative aux procédures dématérialisées et la législation sur le commerce électronique

5) Les procédures dématérialisées sont naturellement tributaires du niveau existant d'utilisation et de réglementation du commerce électronique en général. Le présent Guide mentionnera donc aussi l'articulation entre la législation sur le commerce électronique et celle sur la passation des marchés s'il y a lieu. Il n'est pas recommandé que le droit des marchés régisse le commerce électronique en général; c'est pourquoi la Loi type n'abordera pas les questions qui relèvent de la législation générale sur le commerce électronique. Elle prévoit en revanche des dispositions lorsque le contexte de la passation des marchés exige des mesures supplémentaires (par exemple pour la soumission des offres). Compte tenu de ce qui précède, les États adoptants voudront peut-être s'assurer que leur législation régissant l'utilisation du commerce électronique prévoie effectivement une reconnaissance adéquate des communications électroniques et traite des aspects exposés dans les paragraphes suivants. Pour la commodité des États adoptants, les solutions que la CNUDCI a apportées dans son principal texte sur le commerce électronique (la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)) sont également présentées ci-après[1].

6) L'une des principales ~~entraves à l'~~ conditions nécessaires à l'utilisation efficace des communications électroniques est ~~de nature juridique: à savoir l'incertitude~~ celle de la certitude quant à la reconnaissance juridique, la validité ~~ou~~ et la force exécutoire des communications électroniques créées lors du processus contractuel. ~~Peuvent constituer un obstacle l'exigence de communications et de documents "écrits" ou "originaux", les formalités de formation des contrats et les critères de recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal (A/CN.9/568, par. 30, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 44).~~ C'est pourquoi la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique vise~~, par conséquent,~~ à permettre la réalisation d'opérations commerciales par voie électronique en ~~supprimant ces obstacles juridiques et en~~ sécurisant ~~ainsi~~ l'utilisation des communications électroniques de telle manière que l'exigence de communications et de documents "écrits" ou "originaux", les formalités de formation des contrats et les critères de recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal recouvrent à la fois les communications et documents sur support papier et électroniques.

7) Pour ce faire, la Loi type ~~de la CNUDCI~~ sur le commerce électronique pose un principe général d'équivalence fonctionnelle entre les communications, de sorte que les communications électroniques jouissent de la même reconnaissance que les documents sur support papier traditionnel, afin que les uns et les autres soient lisibles par tous, inaltérables, reproductibles (chaque partie ayant un exemplaire du même texte) et authentifiables au moyen d'une signature, et qu'ils se présentent sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux. ~~Le~~

---

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXVII:1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm.htm.

~~paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de cette Loi type décrit plus en détail les fonctions remplies par les documents, y compris les communications. Ces fonctions devraient notamment être les suivantes: "fournir un document lisible par tous; fournir un document inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux."~~

8) Les articles 5, 6, 7 et 8 de la Loi type ~~de la CNUDCI~~ sur le commerce électronique prévoient en substance l'équivalence fonctionnelle entre communications sur papier et communications électroniques, en abordant la question de la "reconnaissance juridique des messages de données [communications électroniques], ainsi que les notions d'"écrit", de "signatures" et d'"original". Ces dispositions, qui doivent être lues conjointement, ont pour effet combiné de conférer aux communications électroniques le même degré de reconnaissance et de validité juridiques qu'aux communications sur papier, de sorte que leur effet juridique, leur validité et leur force exécutoire ne seront pas déniés au seul motif que ce sont des communications électroniques et non des communications sur support papier.

~~9) La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique traite ces questions comme suit:~~

~~a) Article 5: "L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données". Dans son commentaire de l'article, le Guide pour l'incorporation précise que "l'article 5 indique seulement que la forme sous laquelle une certaine information est présentée ou conservée ne peut être invoquée comme unique raison pour laquelle cette information n'aurait aucune valeur légale, validité ou force exécutoire. L'article 5, toutefois, ne devrait pas être interprété à tort comme établissant la valeur légale de tout message de données ou de toute information qu'il renferme";~~

~~b) Article 6: "Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement." Le commentaire précise que "[l]'article 6 vise à définir la norme de base à laquelle doit satisfaire un message de données pour pouvoir être considéré comme répondant à l'exigence qui peut découler d'un texte de loi ... en vertu duquel l'information doit être conservée ou présentée par écrit (ou en vertu duquel l'information doit figurer dans un "document" ou un autre instrument ayant un support papier)"; et~~

~~c) Article 8: "Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence: a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et b) si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée." Le commentaire explique que, bien que la notion d'"original" renvoie normalement aux titres représentatifs et aux instruments négociables, cette disposition peut être nécessaire dans certains pays pour d'autres opérations.~~

10) ~~[~~Les problèmes particuliers qui se posent en cas de signature électronique des documents et lors de la conclusion de contrats par voie électronique sont examinés dans le commentaire relatif à l'article 36 ("Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché") ci-après.~~] [En ce qui concerne la signature électronique des documents, l'article 7 de la Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose ce qui suit: "Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: a) si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et b) si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."]~~

11) Les États adoptants voudront peut-être aussi édicter une réglementation sur des questions telles que les interruptions techniques, les dénis de responsabilité et des problèmes pratiques comme les fuseaux horaires, la réception, etc.

iii) Comment permettre l'utilisation des communications électroniques dans la Loi type révisée

12) La Loi type traite l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation, en adoptant le principe de l'équivalence fonctionnelle posé par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique sans toutefois, comme il est indiqué plus haut, prévoir de disposition sur les questions traitées dans la législation générale du commerce électronique à moins que le contexte de la passation des marchés n'exige des mesures supplémentaires. Par conséquent, la Loi type sur la passation des marchés n'aborde pas les questions suivantes: la reconnaissance juridique générale des communications électroniques, la signification des notions d'"écrit", et d'"original", les signatures électroniques ou numériques, l'admissibilité et la force probante des communications électroniques, la formation, la validité et l'exécution des contrats, l'attribution des communications électroniques, l'accusé de réception des communications électroniques autres que les offres.

13) Les dispositions proposées dans la présente Loi type révisée prévoient que toute obligation faite par cette dernière de présenter un écrit, d'établir un procès-verbal ou de participer à une réunion peut être satisfaite par l'utilisation de toute forme de communication~~s électroniques~~, électronique ou autre, au même effet. (S'agissant d'une réunion, l'utilisation de communications électroniques signifie que les participants peuvent suivre les discussions et y participer en utilisant des moyens électroniques de communication.) ~~Elles ne prévoient pas que de telles communications sont en soi juridiquement valables, question qui~~ Bien que la validité juridique de ce type de communications ~~sera réglée~~ doive être prévue expressément par ~~dans~~ la législation générale sur le commerce électronique de l'État adoptant~~. Cependant~~, le contexte de la passation des marchés exige des dispositions particulières supplémentaires, par exemple pour certains aspects de la soumission des offres, abordés aux articles 27 h), q), r) et z), 30, 31-2 et 33 de ~~l'actuelle~~ la Loi type de 1994 [mettre à jour les renvois]. Dans ces cas, le bien-fondé et les objectifs de ces dispositions sont exposés dans la section correspondante du présent Guide ~~(A/CN.9/WG.I/WP.34, par. 13, A/CN.9/575, par. 11)~~ [ajouter les renvois].

14) La Loi type encourage également, lorsque cela est approprié~~ possible~~ ~~(~~, mais ne l'exige généralement pas~~)~~, le recours aux procédures dématérialisées. ~~l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans les marchés publics~~ Toutefois, l'entité adjudicatrice peut exiger l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation en vertu des articles [4 *ter* et 9], et le recours aux procédures dématérialisées est exigé ~~(A/CN.9/575, par. 10, A/CN.9/568, par. 33), sauf~~ dans le cas de [renvoi aux procédures dématérialisées, telles que les enchères électroniques inversées et les systèmes d'acquisition dynamiques].

15) L'utilisation de communications électroniques pose des problèmes d'authenticité, de confidentialité et d'intégrité des communications, des documents et des données, comme cela est indiqué plus haut. Les États adoptants [souhaiteront également] [souhaiteront peut-être] examiner dans quelle mesure leur législation interne sur le commerce électronique prévoit des règles adéquates pour les communications susceptibles d'être créées dans le cadre de la passation des marchés. Cette question est examinée plus en détail dans les sections du présent Guide relatives à la forme des communications (art. 9 de la Loi type de 1994) et la soumission des offres par des moyens électroniques (art. 30 de la Loi type de 1994).

16) Le principe de la souplesse dans la méthode de communication, qui se fonde sur l'équivalence fonctionnelle, s'applique non seulement aux communications en général dans le cadre de la passation mais également à la publication des possibilités de marchés et des informations relatives aux marchés, à l'échange de ces informations, à la soumission et à l'ouverture des offres, à la tenue de conférences préalables à la soumission des offres, à l'établissement, à la conservation et à la diffusion d'informations et de documents (y compris le procès-verbal de la procédure de passation exigé par l'article 11 de la Loi type) et à la conclusion des marchés. Aussi l'article [4 *ter*] proposé est-il rédigé en termes généraux, afin d'englober tous les aspects de la création, du transfert et de la conservation d'informations dans les communications et documents. Les règles et les critères d'accessibilité décrits dans les paragraphes précédents devraient s'appliquer également à ces notions plus générales."

C. Critères d'accessibilité

3. Proposition de nouveau texte, pour insertion dans la Loi type: nouvel article 4 *ter*

"**Article 4 *ter*. Critères d'accessibilité**

1) L'entité adjudicatrice s'assure que ~~l'utilisation qu'elle fait d'une quelconque~~ [le moyen/la méthode] qu'elle utilise pour communiquer, publier, échanger ou conserver des informations ou des documents ~~ou~~, pour tenir ~~une~~ des réunions ~~pendant le processus de passation des marchés~~ et pour la soumission et l'ouverture des offres:

~~a)~~ [[ne constituera pas de discrimination [déraisonnable]] [n'entraînera pas de discrimination [déraisonnable]] entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, ou ne limitera pas autrement [de façon importante] la concurrence]

[ajouts éventuels]

ne constituera pas un obstacle au processus de passation, et

~~[s'appuie sur des~~ que ces [moyens/méthodes] de communication sont généralement [raisonnablement][couramment] disponibles [et compatibles [et interopérables] avec ceux d'usage courant ou général].

~~b) favorise l'économie et l'efficacité dans le processus de passation; et~~

~~c) n'entraînera pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ou à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels ou ne limitera pas autrement de façon importante la concurrence.~~"

D. Forme des communications

4. Modifications qu'il est proposé d'apporter à l'article 9 de la Loi type

"Article 9. Forme des communications

[nouveau paragraphe 1] Les documents, notifications, décisions et autres communications [visés dans la présente Loi] entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition qu'elle se conforme dans chaque cas aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*].

~~1)~~ 2) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi ~~et de toute condition de forme spécifiée par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché,~~ les documents, notifications, décisions et autres communications [visés dans la présente Loi] qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste la teneur de la communication et est accessible pour être consultée ultérieurement.

~~1) *bis*. L'entité adjudicatrice peut spécifier dans le dossier de sollicitation la forme que prendront toutes les communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs, à condition que les moyens de communication qu'elle aura choisis soient conformes aux critères d'accessibilité prévus à l'[article 4 *bis* ou 5 *bis*].~~

~~1) *ter*. L'entité adjudicatrice peut spécifier dans le dossier de sollicitation que les offres soumises conformément à l'article 30 doivent l'être sous forme électronique [, à condition que les moyens de soumission qu'elle aura choisis soient conformes aux critères d'accessibilité prévus à l'[article 4 *bis* ou 5 *bis*].~~

~~1) *quater*. Sans préjudice de son droit de spécifier la forme des communications dans le dossier de sollicitation, l'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils transmettent ou reçoivent les documents, les notifications, les décisions ou d'autres communications.~~

~~2)~~ 3) Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles 7 4) et 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) à f) et 47 l) [mise à jour pour modifications de la Loi type] peuvent être

faites par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite confirmation et accessible pour être consultée ultérieurement.

~~3) L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications.~~

~~1) *quinquies.*~~ 4) Les règlements en matière de passation des marchés ~~peuvent établir~~ établissent des mesures pour garantir l'accessibilité des communications et la non-discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs de manière à donner effet aux [dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*], et peuvent établir des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications ainsi que l'interopérabilité des systèmes utilisés pour les transmettre et les recevoir."

5. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 9 de la Loi type

"Article 9. Forme des communications

1) L'article 9 vise à éviter toute incertitude quant à la forme requise des communications entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs et entrepreneurs prévues par la Loi type. La condition essentielle, sous réserve d'autres dispositions de la Loi type, est la suivante: ces communications doivent être sous une forme assurant que leur contenu est dûment consigné.

1) *bis* [L'article 4 *ter*] de la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de choisir le moyen de communication à utiliser dans une passation de marché particulière, et les "critères d'accessibilité" (qui s'appliquent également à tous les moyens de communication, qu'ils soient électroniques, sur papier ou autres) soumettent ce choix à certaines conditions, de manière à sauvegarder les objectifs de la Loi type (notamment empêcher que le moyen de communication choisi n'entrave l'accès à la passation des marchés). Les dispositions de cet article exigent que le choix de la forme des communications soit énoncé dans le dossier de sollicitation et font référence à un seul choix du moyen de communication pour chaque passation de marché (et non pour chaque fournisseur ou entrepreneur). Le dossier de sollicitation peut toutefois prévoir d'autres moyens de soumission pour des documents ou catégories de documents identifiés qui ne peuvent être soumis par le moyen de communication choisi (tels que garanties de soumission, dessins complexes, et certificats formels d'immatriculation, paiement des impôts, etc., qui (au moment où ces lignes sont écrites) ne sont généralement pas disponibles sous forme électronique).

2) Bien entendu, l'article 9 ne vise pas à répondre à toutes les questions techniques et juridiques que peut soulever l'utilisation de l'EDI ou d'autres méthodes de communication non classiques dans le contexte de la procédure de passation des marchés, et les questions subsidiaires telles que l'émission d'une garantie de soumission par des moyens électroniques et d'autres questions ne rentrant pas dans le domaine des "communications" prévues par la Loi type relèveraient d'autres branches du droit.

3) Afin d'éviter tout retard excessif tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 2 permet que certains types précis de communications soient effectués à titre préliminaire par d'autres moyens, notamment le téléphone, n'assurant pas que leur contenu soit dûment consigné, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication préliminaire soit donnée sous une forme assurant que la confirmation est dûment consignée.

~~3) *bis*. L'article 9 révisé de la Loi-type dispose que l'entité adjudicatrice peut choisir la méthode de communication qu'elle utilisera avec les fournisseurs ou les entrepreneurs durant le processus de passation des marchés. Cette disposition est destinée à permettre à l'entité adjudicatrice d'insister sur un moyen de communication particulier, telles que les communications électroniques, sans avoir à justifier son choix. Cette possibilité est toutefois soumise à deux conditions: premièrement, que le moyen de communication choisi réponde aux objectifs de la Loi-type (à savoir les objectifs exposés dans son préambule) et deuxièmement, que les moyens de communication n'entravent pas l'accès à la passation des marchés (les "critères d'accessibilité" décrits aux paragraphes ** ci-dessus s'appliqueront à tout moyen de communication choisi). À cet égard, les paragraphes révisés 1 *bis*, 1 *ter* et 3 ont été inclus de manière à renforcer les garanties, prévues à cet article, contre les pratiques discriminatoires ou d'autres pratiques d'exclusion de la part des entités adjudicatrices (A/CN.9/575, par. 33). La question de savoir si l'entité adjudicatrice s'est acquittée de son obligation de veiller au respect des critères d'accessibilité pourra faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 54 et l'exigence posée à l'article 11, de dresser un procès-verbal de la procédure de passation permettra d'apprécier la décision de l'entité et la manière dont elle a été prise.~~

~~3) *ter*. Les paragraphes 1 *bis* et 3 visent également à faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs n'aient pas le droit d'exiger un moyen de communication particulier avec une entité adjudicatrice et que les dispositions de la Loi-type ne puissent être interprétées comme conférant un tel droit (A/CN.9/575, par. 33).~~

~~3) *quater*. Le paragraphe 1 *ter* a été inséré afin de prévoir la soumission des offres par voie électronique, actuellement interdite par l'article 30 de la Loi-type (voir, pour plus de détails, A/CN.9/568, par. 32, et A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, par. 22 à 37).~~

3) ~~*quinquies*~~ *bis*. Le nouveau paragraphe ~~1~~ 3 ~~*quinquies* proposé~~ a pour but d'appeler l'attention des États adoptants sur le fait que:

a) Des procédures et systèmes appropriés devraient être prévus pour établir l'authenticité des communications;

b) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être suffisants pour préserver l'intégrité des données;

c) La confidentialité des informations soumises par d'autres fournisseurs ou relatives à d'autres fournisseurs devrait être préservée;

d) Les outils ou systèmes utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être parfaitement compatibles (ou interopérables);

e) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient permettre d'établir la date et, lorsque c'est important, l'heure de la réception des documents.,~~ lorsque cette date~~ Cette heure est importante pour ~~appliquer les~~ l'application des règles de la passation des marchés, ~~(~~par exemple, la soumission des demandes de participation et des offres/propositions~~)~~; et

f) Les moyens utilisés pour envoyer et recevoir des communications électroniques devraient être sécurisés, autrement dit empêcher l'entité adjudicatrice ou d'autres personnes d'accéder aux offres et autres documents importants avant l'expiration d'un certain délai, de manière que les entités adjudicatrices ne puissent transmettre des informations sur les autres offres à des fournisseurs favorisés et que les concurrents ne puissent avoir eux-mêmes accès à ces informations (sécurité) (A/CN.9/568, par. 41).

3) ~~*sexies*~~ *ter*. En ce qui concerne les communications électroniques, les points a), b) et c) du paragraphe précédent relèvent du droit général du commerce électronique et, comme il a été noté au paragraphe [renvoi à la partie sur les orientations générales] ci-dessus, les États adoptants [souhaiteront peut-être] [souhaiteront] ~~peut-être~~ examiner si leur législation actuelle prévoit des règles adéquates pour les communications pouvant être créées dans le processus de passation, si une réglementation supplémentaire est nécessaire et s'ils doivent faire référence à la nécessité de telles règles dans leur réglementation sur la passation des marchés. Par exemple, ~~une législation nationale fait obligation aux responsables des~~ les entités adjudicatrices ~~de~~ "devraient s'assurer~~, avant de recourir au commerce électronique,~~ que ~~les~~ leurs systèmes ~~de [l'entité]~~ sont en mesure de garantir un niveau d'authentification et de confidentialité proportionnel au risque et à la gravité du préjudice découlant de la perte, de l'utilisation abusive, de la consultation non autorisée ou de la modification des informations".

3) *quater* ~~*septies*~~. Les points d), e) et f) requièrent des solutions propres à la passation des marchés, en rapport essentiellement avec la soumission électronique des offres, et sont traités dans les paragraphes [renvoi] ci-dessous.

3) *quinquies*. Les États adoptants souhaiteront peut-être autoriser les entités adjudicatrices à faire payer tous systèmes exclusifs (tels que des logiciels) nécessaires pour les communications pour une passation de marché particulière, mais ils devraient veiller à ce qu'elles ne puissent recourir à un système payant pour prélever des droits disproportionnés ou restreindre l'accès à la procédure de passation.

E. Valeur juridique des marchés conclus électroniquement

6. Modifications qu'il est proposé d'apporter au Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 de la Loi type

"Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché

1) *bis*. Les articles 27 y) et 38 u) de la Loi type font référence à un marché "écrit", et l'article 36-2 a) et b) dispose que le dossier de sollicitation peut stipuler que le fournisseur ou l'entrepreneur dont l'offre a été acceptée doit "signer un marché écrit" ~~[, soit de manière traditionnelle soit électroniquement]. [~~Les États

adoptants [souhaiteront peut-être] [souhaiteront] ~~peut-être~~ s'assurer que leur législation actuelle reconnaît les marchés conclus électroniquement~~]~~.

a) Contrats électroniques

1) *ter*. ~~La solution apportée par l'~~L'article 11 de la Loi type ~~de la CNUDCI~~ sur le commerce électronique n'a pas pour objet d'empiéter sur les règles générales de formation des contrats, mais plutôt "de promouvoir le commerce international en réduisant les incertitudes juridiques quant à la conclusion de contrats par des moyens électroniques (même si l'offre et l'acceptation sont générées par des ordinateurs). ~~Cet article ne traite pas seulement de la question de la formation des contrats, mais aussi de la forme sous laquelle une offre et une acceptation peuvent être exprimées. Dans certains pays, [la disposition] (…) pourrait être considérée comme énonçant simplement l'évidence, à savoir qu'une offre et une acceptation, comme toute autre expression de volonté, peuvent être communiquées par n'importe quel moyen, y compris des messages de données. Toutefois, cette disposition est nécessaire en raison des incertitudes qui subsistent dans un nombre considérable de pays quant à savoir si des contrats peuvent valablement être conclus par des moyens électroniques. Ces incertitudes peuvent découler du fait que, dans certains cas, les messages de données exprimant une offre et une acceptation émanent d'ordinateurs sans intervention humaine immédiate, d'où des doutes quant à l'expression de la volonté des parties. Un autre motif d'incertitude réside dans le mode de communication et tient à l'absence de document sur papier." L'article 11 lui-même dispose que "[l]orsqu'un message de données [communication électronique] est utilisé pour la formation d'un contrat,~~ Les dispositions énoncent que la validité ou la force exécutoire d'un contrat ~~de celui-ci~~ ne sont pas déniées pour le seul motif qu'il a été conclu au moyen de communications électroniques ~~un message de données [communication électronique] a été utilisé."~~

b) Signatures électroniques

1) *quater*. ~~Concrètement, l~~Les États adoptants, en accord avec leur législation sur le commerce électronique, [souhaiteront peut-être] [souhaiteront] ~~peut-être~~ prescrire la façon dont les parties signeront ou authentifieront d'une autre manière un marché passé électroniquement. Certains États peuvent exiger des signatures numériques ou d'autres formes authentifiées de signature électronique dans le domaine du commerce électronique, exigence qui pourra s'appliquer à la passation des marchés, à condition qu'elle n'entrave pas l'accès à cette passation.

1) *quinquies*. ~~La solution fournie par les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique se trouve à l~~L'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques[2]~~. La partie du Guide pour l'incorporation consacrée à cet article note que l'objectif de ce dernier est de favoriser~~ encouragent le recours aux signatures électroniques ~~pour produire un effet~~

---

[2] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés comme brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html.

~~juridique lorsque ces signatures~~ en disposant que celles-ci sont l'équivalent fonctionnel de signatures manuscrites. ~~L'article 7 traite de la question~~ Les dispositions elles-mêmes énoncent ~~que des~~ qu'une signature~~s~~ électronique~~s~~ ~~en se fondant sur le principe de l'équivalence fonctionnelle, comme suit: "[l]orsque~~ satisfait à une exigence de ~~la loi exige la~~ "signature" imposée par la loi ~~d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données: ... b) S~~ si la fiabilité de cette ~~[~~signature~~]~~ est suffisante au regard de l'objet de la communication électronique pertinente dans les circonstances ~~pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière~~."

F. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché

7. Texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 11 de la Loi type

"**Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés**

1) L'un des principaux moyens de promouvoir la transparence et la responsabilité financière est d'inclure des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice établisse un procès-verbal de la procédure de passation des marchés. Le procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation des marchés; il facilite l'exercice du droit de recours des entrepreneurs et fournisseurs lésés. Ceci a pour effet de contribuer à assurer que la législation des marchés est, dans toute la mesure possible, autocontrôlée. En outre, l'incorporation dans la législation des marchés de conditions appropriées relatives aux procès-verbaux facilitera la tâche des organes gouvernementaux exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rendra les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent.

1) *bis*. L'article 11, toutefois, porte sur l'accessibilité et la disponibilité de l'information contenue dans le procès-verbal et ne prévoit aucune disposition sur la forme de ce dernier ni sur les conditions pour le dresser sous un format particulier ~~électroniquement (A/CN.9/575, par. 45)~~. Les critères d'accessibilité de [l'article 4 ~~*bis* ou 5 *bis*~~ *ter*] obligent cependant l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle dresse un procès-verbal, à choisir un moyen de conservation de l'information qui permette à cette dernière d'être et de rester accessible jusqu'à l'expiration du délai de recours prévu à l'article 52 de la Loi type~~, en dépit des progrès techniques, et qui soit non discriminatoire~~. En outre, les États adoptants [souhaiteront peut-être] [souhaiteront] ~~peut-être~~ adopter des réglementations garantissant que les systèmes de conservation des procès-verbaux sont parfaitement compatibles (ou interopérables) et qu'ils permettent de vérifier chaque communication échangée dans le processus de passation, de telle sorte que la traçabilité ~~l'identité de l'~~(émetteur, ~~et du~~ destinataire, ~~ainsi que l'~~heure et ~~la~~ durée) de chaque communication puisse~~nt~~ être établie~~s~~ (et que le traitement ou le calcul automatique des données puisse être reconstitué) (~~traçabilité~~). Les réglementations pourraient également déterminer s'il faut conserver la trace de l'accès au procès-verbal et aux documents contractuels et régler tout problème éventuel de protection des données afin de garantir l'intégrité et la sécurité de celles-ci ainsi que la confidentialité des communications et de l'information, tel que cela est exposé plus en détail dans

[renvoi au ~~commentaire~~ paragraphe approprié du Guide.] La disposition [du paragraphe 1 b) *bis*] exigeant que l'entité adjudicatrice indique le moyen de communication choisi dans le procès-verbal de la procédure de passation est incluse de manière à permettre que la décision de l'entité adjudicatrice et son respect des "critères d'accessibilité" contenus dans les articles 4 *ter* et 9 fassent l'objet d'un recours en vertu de l'article 52 si nécessaire~~de l'article 9 ci-dessus]~~.]

G. Soumission électronique des offres, des propositions et des prix

8. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 30 de la Loi type

"**Article 30. Soumission des offres**

5) a) Les offres sont soumises sous la forme spécifiée dans le dossier de sollicitation, à condition que les moyens de soumission choisis par l'entité adjudicatrice respectent [les dispositions de/critères d'accessibilité énoncés à] l'article [4 *ter*] au moment du choix du moyen de soumission ~~par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée; ou sont soumises sous toute forme spécifiée dans le dossier de sollicitation~~.

~~b) Sans préjudice du droit des fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs offres sous la forme visée à l'alinéa a), les offres peuvent également être soumises sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité;~~

~~c)~~ b) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue.

H. Ouverture électronique des offres

9. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 33 de la Loi type

"Article 33. Ouverture des offres

4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique conformément à [insérer les dispositions traitant des communications électroniques, des enchères inversées et, le cas échéant, d'autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont autorisés à suivre cette ouverture [simultanément/instantanément/par des moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice.]

~~5) Lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à suivre l'ouverture des offres par des moyens électroniques de communication utilisés par l'entité adjudicatrice conformément à l'article 33-4, ils sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres conformément aux exigences de l'article 33-2.~~

I. Publication électronique des informations relatives à la passation des marchés

10. Modifications qu'il est proposé d'apporter au texte de l'article 5 de la Loi type

"**Article 5. Accès du public [à la réglementation des marchés] [aux informations relatives à la passation des marchés]**

Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les décisions et directives administratives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ~~ainsi que~~ toutes les modifications audit texte, ~~de même que tous autres documents et informations dont la publication est exigée [ou qui sont publiés conformément à la présente Loi]~~ ainsi que toutes les décisions judiciaires sur son application sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

~~[2. Toute autre information, relative aux possibilités de marchés à venir ou aux règles ou instructions internes, qu'un État adoptant ou une entité adjudicatrice choisit de publier, est promptement mise à la disposition du public [et systématiquement tenue à jour].]"~~

[*Ajouts possibles*]

[[Un État adoptant ou une entité adjudicatrice peut choisir de rendre accessibles au public des informations supplémentaires concernant les règles ou instructions internes ou d'autres informations.]]

[Tous autres documents et informations dont la publication est exigée par la présente Loi sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour].

[Les règlements en matière de passation des marchés prévoient le média et les modalités de publication des informations en vertu de la présente Loi]."

G. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services: projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics et sur les offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session

(A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-5

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans le cadre de la Loi type 6-66

A. Remarques générales 6-8

B. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/590, par. 67 à 80, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 9 à 17) 9-37

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [19 *bis*] 9

Commentaire 10-34

a) Approbation du recours aux enchères électroniques inversées par des tiers 10

b) Concurrence effective. 11

c) Inclusion des travaux ou des services dans la passation des marchés au moyen d'enchères électroniques inversées 12-14

d) Emplacement du texte 15-18

e) Types de méthode de passation pouvant inclure des enchères électroniques inversées. 19-25

f) Prix et autres paramètres de l'enchère 26-34

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant le projet d'article [19 *bis*]. 35

Commentaire 36-37

C. Procédures préalables à la phase d'enchère (article [47 *bis*]) (A/CN.9/590, par. 84 à 86, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 18 à 25) 38-53

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [47 *bis*]. 39

Commentaire 40-49

a) Enchères électroniques inversées en tant que méthode à part entière ou étape optionnelle 40-41

b) Annulation de l'enchère en cas de concurrence insuffisante 42

c) Évaluation initiale des offres 43-45

d) Modèles d'enchères 1 et 2 46-48

e) Informations à communiquer aux fournisseurs ou aux entrepreneurs potentiels 49

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article [47 *bis*] 50-53

D. Procédures pendant la phase d'enchère (article [47 *ter*]) (A/CN.9/590, par. 88 à 93, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 26 à 35) 54-58

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: article [47 *ter*] 54-55

Commentaire 56-57

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 47 *ter* 58

E. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché: ajout proposé à l'article 11 de la Loi type (A/CN.9/590, par. 94, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 3) 59

F. Teneur du dossier de sollicitation (A/CN.9/590, par. 97, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 7) 60-64

Commentaire 61-64

G. Modification et retrait des offres (article 31 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 99, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 12) 65-66

I. Introduction

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 5 à 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.41, dont celui-ci sera saisi, à sa 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, notamment de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés publics.

2. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics. Reconnaissant l'existence de cette pratique, il a exprimé son intention d'étudier s'il convenait de prévoir dans la Loi type des dispositions permettant d'y recourir à titre facultatif. Toutefois, afin de trancher définitivement la question, il a prié le secrétariat de préparer une étude sur l'utilisation concrète de cette méthode dans les pays qui l'ont

instaurée, notamment sur les solutions adoptées pour parer au risque d'offres anormalement basses (A/CN.9/568, par. 54).

3. À sa septième session (New York, 4-8 avril 2005), le Groupe de travail a examiné la question de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics et celle des offres anormalement basses en se fondant sur des études présentées par le secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1 (sur les enchères électroniques inversées) et A/CN.9/WG.I/WP.36 (sur les offres anormalement basses)). Il a conclu que la Loi type révisée devrait contenir des dispositions relatives aux enchères électroniques inversées ainsi que de nouvelles dispositions permettant de détecter d'éventuelles offres anormalement basses. Il a prié le secrétariat de préparer des projets de textes sur ces questions pour examen à sa huitième session (A/CN.9/575, par. 60 à 62, 66 et 67 sur les enchères électroniques inversées, et par. 76 sur les offres anormalement basses).

4. À sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le Groupe de travail était saisi des projets de textes sur les enchères électroniques inversées et sur les offres anormalement basses présentés par le secrétariat, comme il le lui avait demandé à sa septième session (A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1). Il l'a prié de réviser ces projets de textes pour examen à sa neuvième session (voir A/CN.9/590, par. 64 à 105).

5. La présente note est soumise au Groupe de travail pour examen à sa neuvième session comme il l'avait demandé. Elle doit être lue conjointement avec celles que le secrétariat lui a présentées sur les mêmes sujets à ses septième et huitième sessions et dont elle est inspirée (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.36 et A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1).

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans le cadre de la Loi type

A. Remarques générales

6. À sa huitième session, le Groupe de travail a noté que i) les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées devraient traiter des conditions générales du recours à ces enchères (la plus importante de ces conditions étant qu'un cahier des charges précis puisse être établi et que les paramètres de l'enchère puissent être facilement et objectivement quantifiés), ii) le texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation devrait être rédigé de manière à assurer une participation aussi large que possible[1] et iii) le projet de texte devrait permettre aux enchères électroniques inversées d'évoluer et ne devrait exclure aucune forme d'enchère en tant que telle[2].

7. Le Groupe de travail a également noté à sa huitième session qu'aucune réponse n'avait été apportée aux principales questions suivantes, sur lesquelles il reviendrait à sa neuvième session:

---

[1] A/CN.9/590, par. 66.
[2] A/CN.9/590, par. 67.

a) La Loi type révisée devrait-elle autoriser les enchères électroniques inversées comme méthode de passation à part entière ou simplement comme une étape dans d'autres méthodes de passation[3]?

b) Le prix seul, ou le prix et d'autres critères d'évaluation, devraient-ils faire l'objet de l'enchère électronique inversée[4]? et

c) Où devraient figurer les dispositions sur les enchères électroniques inversées dans la Loi type[5]?

8. Le Groupe de travail a noté qu'il ne pourrait pas terminer ses délibérations sur les dispositions restantes proposées tant que ces questions en suspens ne seraient pas réglées[6].

B. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées (A/CN.9/590, par. 67 à 80, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 9 à 17)

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [19 *bis*]

9. Le Groupe de travail a demandé que le projet de texte dont il était saisi à sa huitième session soit révisé comme suit (les nouveaux passages proposés étant soulignés et les passages à supprimer barrés):

"Article [19 *bis*]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),) l'entité adjudicatrice peut [engager une procédure de passation de marché/choisir l'offre à retenir conformément à l'article 34-4 b)] en recourant à une enchère électronique inversée conformément [à l'] [aux] article[s 47 *bis* et *ter*], dans les circonstances suivantes:

a) L'entité adjudicatrice est en mesure de formuler des spécifications détaillées et précises ~~[et exactes]~~ pour les biens [, les travaux ou les services] ~~de sorte à assurer l'homogénéité de la procédure de passation~~;

b) Il y a un marché concurrentiel ~~d'au moins [dix]~~ 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) Les biens [, travaux ou services] à acquérir sont standardisés ~~[des produits standard] [des produits courants]~~,"

---

[3] A/CN.9/590, par. 65.
[4] A/CN.9/590, par. 76 à 78.
[5] A/CN.9/590, par. 103 à 105.
[6] A/CN.9/590, par. 81, 86, 87 et 102.

Les variantes suivantes sont proposées pour l'insertion à l'alinéa c):

Variante A

"[de sorte que/et] le prix est le seul critère pour déterminer la soumission à retenir"

Variante B

"[de sorte que/et] le prix et d'autres critères quantifiables exprimés [en chiffres ou en pourcentages du prix/en termes pécuniaires] sont les seuls critères pour déterminer la soumission à retenir"

Variante C

"et tous les critères devant être soumis et évalués lors de l'enchère peuvent faire l'objet d'une évaluation automatique"

Commentaire

a) Approbation du recours aux enchères électroniques inversées par des tiers

10. À sa huitième session, le Groupe de travail a décidé qu'il examinerait de nouveau si le texte figurant entre parenthèses dans l'alinéa a) "(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation),)" devrait être conservé, en particulier si un tiers devrait avoir un tel pouvoir dans ce contexte[7].

b) Concurrence effective

11. En ce qui concerne l'alinéa b), le Groupe de travail a décidé que le texte ne devrait pas spécifier le nombre minimum de fournisseurs[8].

c) Inclusion des travaux ou des services dans la passation des marchés au moyen d'enchères électroniques inversées

12. La question est traitée dans les alinéas a) et c). Le Groupe de travail a décidé à titre préliminaire que ni les services ni les travaux ne devraient être exclus du projet de texte tant qu'il n'avait pas déterminé le ou les types de marché se prêtant à une enchère électronique inversée[9].

13. Le Groupe de travail a également noté que, pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement (à savoir qu'elle permette aux soumissionnaires de fixer un prix réaliste et de présenter leur meilleure soumission), ceux-ci seront tenus de connaître dans le détail la structure des coûts de leur soumission. Étant donné que, dans les marchés de travaux complexes, les entrepreneurs principaux ne connaîtront pas de façon détaillée les éléments sous-traités de leur soumission, ce

---

[7] A/CN.9/590, par. 68.

[8] A/CN.9/590, par. 75.

[9] Notant que certaines enchères électroniques inversées sont conduites à partir de listes ou de catalogues présentant les articles pouvant être acquis par ce procédé (A/CN.9/590, par. 72 et 73).

type de marché ne se prêtera probablement pas à une enchère électronique inversée[10].

14. La majorité des textes réglementant les enchères électroniques inversées excluent la plupart des marchés de travaux, le degré d'exclusion pouvant néanmoins varier. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer dans quelle mesure l'article proposé devrait être prescriptif ou indicatif, ainsi que le degré de détail des orientations à fournir sur ces questions dans le Guide pour l'incorporation (par exemple sur celles soulevées dans le paragraphe précédent).

d) Emplacement du texte

15. À sa huitième session, le Groupe de travail a noté que le projet d'article 19 *bis* traitait des conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées et que, tel que proposé, il faisait de ces enchères une méthode autonome, comme les autres méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la Loi type.

16. Le Groupe de travail a toutefois demandé que les dispositions soient rédigées à ce stade de manière à ce que les enchères électroniques inversées puissent être traitées, soit comme une méthode à part entière, soit comme une étape dans d'autres méthodes de passation. Il voudra peut-être considérer que l'inclusion du texte proposé sur les conditions d'utilisation de ces enchères au chapitre II de la Loi type ("Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes") laisse effectivement entendre qu'il s'agit d'une méthode de passation à part entière.

17. Le Groupe de travail pourrait considérer que le recours aux enchères électroniques inversées soulève des questions spécifiques et que, pour cette seule raison, le plus efficace serait peut-être de les considérer comme une méthode de passation à part entière. Néanmoins, les conditions d'utilisation pourraient traiter des types d'achat qui se prêteraient à cette méthode (on pourrait appliquer, par exemple, les conditions d'utilisation des procédures d'appel d'offres et de sollicitation de prix). On se reportera pour plus de détails à la section suivante pour une description de ces procédures. Dans ce cas, les conditions d'utilisation prévues au premier alinéa du projet de texte devraient être élargies de manière à ce que les spécifications puissent être établies durant la procédure de passation plutôt qu'au début de celle-ci.

18. Le Groupe de travail a également noté qu'on pourrait regrouper toutes les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées dans une seule section, en modifiant les articles de la Loi type régissant les procédures pertinentes ou en prévoyant des dérogations aux autres procédures et en utilisant des renvois si nécessaire[11]. Il pourrait donc considérer qu'il faudrait en tout état de cause regrouper les dispositions, que celles-ci autorisent les enchères comme une méthode à part entière ou comme une étape dans d'autres méthodes de passation, pour en faciliter l'application par les entités adjudicatrices. Par exemple, les enchères pourraient faire l'objet d'une section III *bis* dans le chapitre III si elles sont admises comme une étape dans la procédure d'appel d'offres ou d'un chapitre V *bis* si elles

---

[10] A/CN.9/590, par. 70 et 78.
[11] A/CN.9/590, par. 103 à 105.

sont autorisées comme une méthode à part entière ou dans une autre méthode de passation.

e) Types de méthode de passation pouvant inclure des enchères électroniques inversées

19. En rapport avec la question de l'emplacement du projet d'article, le Groupe de travail a observé que le texte à insérer dans le Guide devrait préciser que les conditions d'utilisation des appels d'offres restreints ne s'appliqueraient pas normalement à la passation de marchés se prêtant à une enchère électronique inversée (ni, par conséquent, celles des "autres" méthodes de passation) de sorte que le nombre des participants ne devrait pas, dans des circonstances normales, être limité.

20. Lorsqu'il examinera si les enchères électroniques inversées devraient être autorisées comme une méthode de passation à part entière ou comme une étape facultative dans d'autres méthodes de passation, le Groupe de travail pourrait considérer qu'il existe deux solutions pour la seconde option. La première solution serait, compte tenu des orientations énoncées dans le paragraphe précédent, d'autoriser les enchères électroniques inversées comme une étape dans les procédures d'appel d'offres seulement. À cet égard, le Groupe de travail pourrait considérer qu'une publication initiale à grande échelle serait requise, compte tenu des risques de corruption et d'abus généralement jugés plus élevés dans les procédures autres que les appels d'offres. D'un autre côté, le recours aux enchères électroniques inversées peut apporter plus de transparence et de concurrence qu'il n'y en aurait normalement pour les procédures urgentes.

21. En ce qui concerne l'appel d'offres, le Guide pour l'incorporation actuel note au paragraphe 16: "Parmi les caractéristiques essentielles de l'appel d'offres prévu dans la Loi type, il faut citer les éléments suivants: en principe, sollicitation sans restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs; description et spécification complètes, dans le dossier de sollicitation, des biens, travaux ou services à fournir, de manière que les fournisseurs et entrepreneurs aient une base commune pour préparer leurs offres; divulgation intégrale, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, des critères qui seront utilisés pour l'évaluation et la comparaison des offres et pour le choix de l'offre à retenir (c'est-à-dire, prix seulement ou combinaison du prix et d'autres critères techniques ou économiques); interdiction stricte de toute négociation entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs à propos de la nature de leurs offres; ouverture publique des offres à la date limite de soumission des offres; et divulgation de toutes formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché." Le Groupe de travail pourra peut-être considérer que ces conditions devraient s'appliquer avant tout recours aux enchères électroniques inversées.

22. Au paragraphe 18, le Guide ajoute que les entités adjudicatrices peuvent utiliser d'autres méthodes de passation des marchés (l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions et la négociation avec appel à la concurrence) lorsqu'elles ne peuvent formuler de spécifications suffisamment précises ou définitives pour organiser un appel d'offres. Cette situation peut se produire, par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas déterminé de quelle manière exactement répondre à un besoin particulier et sollicite des propositions entre diverses solutions possibles ou, lorsque, dans le cas d'un marché de biens faisant

appel à des techniques de pointe, du fait de la complexité technique des biens, il serait préférable d'élaborer les spécifications après négociation avec les fournisseurs et entrepreneurs quant aux capacités exactes et aux modifications possibles. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, une fois les spécifications déterminées après les négociations de consultation avec les fournisseurs, il serait approprié d'autoriser que la deuxième phase de la passation du marché se déroule au moyen d'enchères électroniques inversées dans le cas d'un appel d'offres en deux étapes et d'une négociation avec appel à la concurrence (les conditions d'utilisation de la sollicitation de propositions et de la sollicitation d'une source unique semblant exclure l'utilisation de ces enchères). De même, une autre utilisation prévue de la négociation avec appel à la concurrence, à savoir dans les procédures de passation d'urgence, pourrait gagner en transparence et en concurrence si la procédure incluait une enchère électronique inversée.

23. La Loi type propose également l'appel d'offres restreint pour les biens, les travaux ou les services techniquement complexes ou spécialisés qui ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou pour des marchés de très faible valeur. Ici aussi, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les enchères électroniques inversées conviendraient pour les passations de marché utilisant ce type d'appel d'offres. De façon similaire, pour les achats de biens ou de services standardisés de faible valeur, la Loi type propose la méthode de sollicitation de prix (également dite "consultation de fournisseurs" ou "shopping").

24. Si le Groupe de travail estime que les "autres méthodes que la procédure d'appel d'offres" devraient pouvoir inclure une enchère électronique inversée pour déterminer le fournisseur à retenir, le projet de conditions d'utilisation qui figure ci-dessus devrait être reformulé pour permettre d'arrêter les spécifications pendant le processus de passation, pour prévoir la possibilité que les articles à acquérir ne soient pas "standardisés" et pour inclure la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel sera attribué le marché "conformément à l'article 49-4" (négociation avec appel à la concurrence) ou en fonction de "l'offre au prix le plus bas conformément à l'article 50-3" (sollicitation de prix). Si l'utilisation des enchères électroniques inversées est limitée aux procédures d'appel d'offres (y compris à l'appel d'offres restreint et à l'appel d'offres en deux étapes), le projet renverra aux dispositions existantes pertinentes. L'utilisation du terme "soumission" ("bid") devrait également tenir compte des délibérations du Groupe de travail à ce sujet car ce terme peut convenir pour une méthode à part entière, alors que le terme "offre" ("tender" ou "offer") conviendrait pour les enchères électroniques inversées en tant qu'étape dans d'autres méthodes de passation.

25. Dans l'attente des décisions du Groupe de travail sur ce point, les dispositions traitant des aspects procéduraux des enchères électroniques inversées (articles 47 *bis* et *ter*) partent du principe que l'enchère est une méthode à part entière ou une phase optionnelle dans la procédure d'appel d'offres.

f) Prix et autres paramètres de l'enchère

26. En ce qui concerne les paramètres qui peuvent être pris en compte dans l'enchère (abordés dans les variantes proposées pour insertion à l'alinéa c) du projet d'article 19 *bis* ci-dessus), le Groupe de travail a noté qu'une décision doit être prise sur le projet pour savoir si le prix seul, ou le prix et d'autres critères d'évaluation,

devraient faire l'objet de l'enchère électronique inversée et a reporté son examen de cette question[12].

27. Le Groupe de travail a noté que la principale question à examiner est de savoir si l'enchère électronique inversée devrait comprendre des critères autres que le prix, qui soient qualitatifs et non quantifiables[13].

28. Deux modèles d'enchère électronique inversée peuvent être proposés pour régler cette question. Dans le premier ("Modèle 1"), tous les aspects des soumissions qui doivent être évalués lors de la sélection du fournisseur à retenir doivent être présentés à l'enchère. Ces aspects sont le prix seul, ou le prix et ses équivalents qui peuvent être exprimés en pourcentage du prix ou en chiffres.

29. Dans le deuxième modèle ("Modèle 2"), tous les éléments de la soumission initiale ou uniquement ceux ne faisant pas l'objet de l'enchère sont évalués préalablement, à la suite de quoi un classement des fournisseurs est opéré et leur est communiqué. Tous les critères d'évaluation sont ensuite incorporés dans une formule mathématique, qui permet de reclasser les soumissionnaires chaque fois qu'une nouvelle offre est soumise. En tout état de cause, tous les critères sont évalués sans exception, que ce soit avant ou pendant l'enchère électronique inversée[14].

30. Si seul le Modèle 1 est retenu, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure le texte additionnel de la variante A ou B.

31. Comme noté précédemment, le Modèle 2 prévoit des procédures plus complexes qui permettent de prendre en compte dans l'enchère des critères autres que le prix, de façon à suivre une approche équivalente à celle de l'offre la plus basse selon l'évaluation décrite à l'article 34-4 b) ii) de la Loi type actuelle. Dans les enchères du Modèle 2, une formule doit être utilisée pour quantifier les éléments autres que le prix, ou leurs équivalents, devant être présentés. L'utilisation d'une formule exige implicitement que ces éléments soient exprimés sous forme de chiffre, de pourcentage ou autre valeur numérique. Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est réaliste de supposer que des critères autres que le prix, ou leurs équivalents, puissent être exprimés ainsi de manière claire et transparente.

32. Les nouvelles directives de l'Union européenne[15] prévoient la soumission à l'enchère des critères autres que le prix, mais le secrétariat n'a pu trouver qu'un

---

[12] A/CN.9/590, par. 76 et 77.

[13] A/CN.9/590, par. 86.

[14] Le Groupe de travail a décidé qu'un troisième modèle d'enchère, décrit au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.35, dans lequel la clôture de l'enchère ne détermine pas le soumissionnaire retenu, ne devrait pas être retenu. Voir, pour plus de détails, A/CN.9/590, par. 84.

[15] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (*Journal officiel de l'Union européenne* n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114 et 1 respectivement. Les deux textes peuvent être consultés à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm).

nombre très limité d'exemples d'utilisation de ces types d'enchère dans la pratique afin d'examiner leur efficacité. Dans ces exemples, les critères non quantifiables étaient évalués d'après un système de points. Ainsi, dans un cas, les aspects techniques et commerciaux de l'offre (tels que la gestion du sous-traitant et la capacité à faire face à des aspects inhabituels secondaires du marché, comme les contraintes archéologiques) étaient évalués sur un score de 6 000, les points étant ensuite convertis avec un "taux de change" de 2 500 pour un point afin de pouvoir établir une équivalence entre les réductions de prix et la valeur supplémentaire apportée par les points obtenus à l'issue de cette évaluation. Dans un autre cas, la valeur du risque reporté sur l'entité adjudicatrice en raison d'éléments dans les offres s'écartant ou différant légèrement des conditions requises a été évaluée en argent (solution relativement simple si le risque peut être assuré, mais qui peut être difficile dans les autres cas).

33. Si le Modèle 2 est également retenu, le Groupe de travail souhaitera peut-être inclure le texte additionnel de la variante C.

34. Le Groupe de travail pourrait, d'un autre côté, estimer que le secteur public n'est pas encore prêt pour l'utilisation des enchères du Modèle 2 (contrairement à l'utilisation des différents types d'enchères du Modèle 3)[16] et qu'avec le développement et l'amélioration des techniques la Loi type devrait être rédigée de manière à permettre leur introduction en temps utile (peut-être par voie réglementaire).

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant le projet d'article [19 *bis*]

35. Les paragraphes 1 à 3 inclus du texte précédent, figurant à la suite du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.40, n'ont pas été modifiés. Le texte dont la suppression est proposée conformément aux conclusions du Groupe de travail à sa huitième session est barré.

"**Article [19 *bis*]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées**

4) Au vu de ce qui précède, les États adoptants souhaiteront peut-être soumettre par voie réglementaire l'utilisation des enchères électroniques inversées à des conditions supplémentaires. Leur utilisation pourrait, par exemple, être limitée aux biens standardisés ~~[produits standard] [produits courants]~~ [et à certains types simples de travaux et de services] tels que des produits courants (carburant, matériel informatique standard, fournitures de bureau et produits de construction de base), et des articles dont les coûts après acquisition sont limités voire nuls et pour lesquels aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli. Bien qu'il soit

---

[16] Voir note 14 ci-dessus. Le principal élément de ce type d'enchères est qu'au moment où l'étape des enchères électroniques inversées se termine les fournisseurs ne savent pas quelle est la meilleure offre; celle-ci est déterminée une fois pris en compte les aspects de l'offre "non soumis" à l'enchère. Ce Modèle est également utilisé dans les directives de l'Union européenne sur la passation des marchés publics du 31 mars 2004 (voir note 15 ci-dessus), comme le montrent les études de cas sur les enchères électroniques inversées publiées sur le site http://www.ogc.gov.uk/.

possible de recourir à des listes indicatives de biens [, travaux et services] pouvant être achetés par enchères électroniques inversées, les États adoptants devraient être conscients de la nécessité d'actualiser ces listes régulièrement à mesure qu'apparaissent de nouveaux produits courants ou d'autres articles adaptés. Il a été observé que certains marchés de travaux et services de construction (l'entretien des routes, par exemple) pouvaient tout à fait être passés par enchères électroniques inversées, mais du fait de l'obligation de fournir des spécifications détaillées précises ~~[et exactes]~~, la majorité des travaux et services seront exclus de cette méthode de passation.

5) En vue de réduire au minimum le risque de pratiques collusives, notamment l'utilisation des prix pour envoyer des "signaux" aux autres participants, ~~et~~ de préserver l'anonymat des soumissionnaires durant l'enchère électronique inversée et de garantir un niveau de concurrence approprié, ~~les États adoptants souhaiteront peut-être indiquer pour le marché approprié le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs~~ les dispositions exigent que le nombre de fournisseurs potentiels que l'on compte voir participer à l'enchère soit suffisant. L'article 47 *bis* dispose que l'enchère électronique inversée est annulée si le nombre de soumissionnaires tombe en dessous de ce niveau avant l'ouverture de l'enchère proprement dite. Toutefois, les États adoptants peuvent considérer que les fournisseurs ne devraient pas être autorisés à participer à une enchère électronique inversée par un intermédiaire ou par téléphone, car une telle participation pourrait comporter un risque d'abus et l'utilisation d'Internet assure la traçabilité de la procédure, ce que les systèmes téléphoniques ne permettent pas."[17]

Commentaire

36. Les modifications apportées au projet de texte dont le Groupe de travail était saisi à sa huitième session tiennent compte de ses propositions rédactionnelles. Toutefois, des ajouts importants devront être apportés au texte, une fois réglées les questions exposées dans le contexte du projet d'article [19 *bis*] de la Loi type, notamment pour fournir des orientations sur les conditions décrites à l'alinéa c) du projet.

37. Le Groupe de travail a noté que le niveau de concurrence effective risquait d'être insuffisant si les fournisseurs pouvaient retirer leurs soumissions avant l'enchère électronique inversée elle-même. Le texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 19 *bis* pourrait donc faire référence aux articles qui obligent l'entité adjudicatrice à annuler l'enchère si une concurrence effective ne peut être garantie. Voir, pour plus de détails, le paragraphe 42 ci-dessous.

---

[17] Voir, pour plus de détails, A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 12.

C. Procédures préalables à la phase d'enchère (article [47 *bis*]) (A/CN.9/590, par. 84 à 86, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 18 à 25)

38. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger, pour examen, deux dispositions concernant les procédures précédant la phase d'enchère, l'une pour le Modèle 1 et l'autre pour le Modèle 2 des enchères électroniques inversées.

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: nouvel article [47 *bis*][18]

39. Ces procédures concernent les préparatifs d'une enchère électronique inversée et s'appliqueraient que l'enchère soit une méthode à part entière ou une étape dans d'autres méthodes de passation. Toutefois, comme il a été noté ci-dessus, elles sont basées sur la procédure d'appel d'offres dans l'attente des décisions du Groupe de travail sur les questions exposées aux paragraphes 15 à 18 ci-dessus.

"Article [47 *bis*]. Conduite de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite

1) [Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où il est dérogé à ces dispositions dans le présent article.]

2) Les fournisseurs ou les entrepreneurs présentent, avant l'enchère, des [offres/soumissions] initiales qui sont complètes à tous égards, mais où il n'est pas nécessaire de faire figurer les éléments qui doivent être soumis à l'enchère. [L'entité adjudicatrice peut toutefois exiger que ces éléments figurent dans les [offres/soumissions].]

3) a) L'entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des [offres/soumissions] pour en déterminer la conformité en application de l'article 34 et pour en évaluer, conformément aux critères d'attribution fixés, tous les éléments qui ne seront pas présentés à l'enchère;

b) Après l'évaluation visée au paragraphe 3) a), l'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont les [offres/soumissions] ont été rejetées en application du paragraphe 3 a);

c) L'invitation à participer indique aux fournisseurs et aux entrepreneurs les modalités et les délais d'inscription pour participer à l'enchère;

d) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs [qualifiés pour participer/admis à participer/qui se sont inscrits pour participer]

---

[18] Afin de faciliter la lecture des projets de dispositions et de leurs commentaires pour le Groupe de travail lors de ses délibérations, les dispositions régissant les procédures pour la conduite des enchères électroniques inversées ont été divisées entre un projet d'article 47 *bis* et un projet d'article 47 *ter*, mais le Groupe de travail pourra envisager de faire figurer l'ensemble de ces dispositions dans un article unique dans la version finale de la Loi type révisée pour faciliter leur utilisation par les États adoptants.

à l'enchère [est inférieur à [indication du nombre]] [est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective], elle [annule/peut annuler] l'enchère électronique inversée];

e) L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient, à moins qu'elles n'aient déjà été communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, toutes les informations nécessaires pour permettre à ceux-ci de participer à l'enchère [voir, pour une description, les éléments à inclure dans le dossier de sollicitation énumérés au paragraphe 4 e) ii) à v) et vii) à xii) figurant après le paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.40]."

Commentaire

a) Enchères électroniques inversées en tant que méthode à part entière ou étape optionnelle

40. Le paragraphe 1 prévoit que les dispositions du chapitre III ("Procédure d'appel d'offres") s'appliqueront à moins que l'article y déroge, ce qui permet de faire des enchères électroniques inversées une méthode à part entière ou une étape optionnelle de la procédure d'appel d'offres.

41. À moins que ces enchères soient autorisées uniquement comme une étape optionnelle de la procédure d'appel d'offres, il sera nécessaire de remplacer le paragraphe 1 par un paragraphe introductif renvoyant aux autres méthodes de passation ou prévoyant des procédures pour la publicité initiale de la passation et de la sollicitation de participation.

b) Annulation de l'enchère en cas de concurrence insuffisante

42. Le paragraphe 3 d) du texte proposé traite de l'exigence de concurrence effective. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait autoriser ou obliger l'entité adjudicatrice à annuler l'enchère en cas de concurrence insuffisante et, dans le premier cas, quelles orientations devraient être données.

c) Évaluation initiale des offres

43. Le paragraphe 2 traite du contenu des offres initiales. Si les dispositions devaient être incluses dans le chapitre III de la Loi type, cet élément pourrait aussi bien être omis étant donné qu'il serait inséré à l'article 27 (Teneur du dossier de sollicitation), alinéa a) (sur les instructions pour l'établissement des offres). D'un autre côté, le Groupe de travail souhaitera peut-être que toutes les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées soient regroupées.

44. Le paragraphe 3 a) traite de l'évaluation des offres initiales. Le Groupe de travail se rappellera peut-être que tous les textes réglementant les enchères électroniques inversées ne prévoient pas une telle évaluation initiale[19], mais il estimera peut-être que c'est un élément important du processus[20].

---

[19] Comme c'est le cas dans le système brésilien.

[20] Il peut cependant arriver que l'offre initiale ne soit pas exigée (par exemple, lors d'une négociation avec appel à la concurrence où la meilleure offre définitive est sélectionnée par une enchère électronique inversée).

45. Le paragraphe 3 b) exige que tous les soumissionnaires dont les offres sont conformes soient invités à participer à l'enchère. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article devrait laisser la possibilité de restreindre le nombre des fournisseurs dans des circonstances qui sortent de l'ordinaire[21], avec des orientations appropriées dans le Guide pour l'incorporation[22]. S'il décide que l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à restreindre le nombre de participants à l'enchère, sous réserve de maintenir un niveau de concurrence effectif, le texte suivant devrait être ajouté à la fin du paragraphe 3 b):

> "[L'entité adjudicatrice] peut envoyer une invitation à participer à l'enchère [aux concurrents les mieux classés conformément à l'alinéa précédent/à un nombre limité de soumissionnaires], sous réserve des dispositions de l'alinéa d) ci-après."

d) Modèles d'enchères 1 et 2

46. Si le Modèle 1 est uniquement retenu, seuls le prix ou ses équivalents seront soumis à l'enchère et le classement des soumissionnaires ne sera pas nécessaire (ils répondent ou non aux critères de qualification et de conformité, puis le prix détermine la soumission à retenir).

47. Si le Groupe de travail estime que le Modèle 2 devrait également être retenu, il souhaitera peut-être prévoir la pondération et le classement des soumissionnaires avant l'enchère et inclure le texte souligné suivant:

> "3 a) L'entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des [offres/soumissions] pour en déterminer la conformité en application de l'article 34 et pour en évaluer, conformément aux critères d'attribution et à leur pondération tels que fixés, tous les éléments [qui ne seront pas présentés à l'enchère]. L'entité adjudicatrice classe les [offres/soumissions] conformément aux critères d'attribution sur la base des éléments de ces [offres/soumissions] [qui devront être évalués pour la sélection du fournisseur à retenir/qui ne seront pas présentés à l'enchère].
>
> et
>
> 3 e) i) Si des éléments des [offres/soumissions] autres que les prix ont été utilisés lors de l'évaluation initiale, les résultats de l'évaluation initiale de l'offre du fournisseur ou de l'entrepreneur; et
>
> ii) Si le marché doit être attribué à l'offre la plus basse selon l'évaluation, la formule à utiliser pour quantifier les éléments autres que le prix, ou leurs équivalents, devant être présentés à l'enchère. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation."

48. Comme noté ci-dessus, le Modèle 2 des enchères électroniques inversées prévoit des procédures plus complexes qui permettent de soumettre à l'enchère des critères autres que le prix, de sorte qu'une approche équivalente à celle de l'offre la

---

[21] Voir le commentaire figurant au paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.

[22] Autrement que par l'évaluation initiale décrite aux paragraphes 82 et 83 du document A/CN.9/590.

plus basse selon l'évaluation décrite à l'article 34-4 b) ii) de la Loi type actuelle soit suivie et que les soumissionnaires soient classés avant et pendant l'enchère. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'une des deux options, voire les deux, qui figurent entre crochets à la fin du paragraphe 3 a) (qui font référence aux éléments des offres qui "devront être évalués pour la sélection du fournisseur à retenir" et à ceux qui "ne seront pas présentés à l'enchère") devraient être retenues, afin que le classement comprenne soit l'ensemble des éléments de l'offre soit uniquement ceux qui seront soumis à l'enchère (les autres étant alors des critères d'admission ou de rejet).

e) Informations à communiquer aux fournisseurs ou aux entrepreneurs potentiels

49. Une liste détaillée d'informations à communiquer aux fournisseurs ou aux entrepreneurs potentiels concernant le déroulement d'une enchère électronique inversée figure au paragraphe 4 e) ii) à v) et vii) à xii) dans le texte qui suit le paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.40. L'objet est de donner à ces fournisseurs ou entrepreneurs potentiels toutes les informations nécessaires pour leur permettre de décider s'ils participeront ou non à l'enchère, si oui, d'y participer effectivement. Le Groupe de travail a indiqué, dans le contexte du dossier de sollicitation, que des informations aussi détaillées auraient plus leur place dans le Guide pour l'incorporation ou dans les dispositions des règlements en matière de passation des marchés traitant du contenu du dossier, que dans le texte de la Loi type elle-même[23]. Le contenu du dossier de sollicitation lui-même est abordé aux paragraphes 60 à 64 ci-dessous.

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article [47 *bis*]

50. Le Groupe de travail a noté qu'il examinera le texte du Guide pour l'incorporation dont il était saisi à sa huitième session (voir le texte qui suit le paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.I/WP.40) et tous projets de réglementation lorsque le projet de texte de la Loi type, tel que révisé, aura été lui-même examiné[24].

51. Si le Modèle 2 est inclus dans la Loi type, le Groupe de travail jugera peut-être nécessaire de donner des orientations détaillées quant à son utilisation et à l'utilisation des critères autres que le prix dans une formule au paragraphe 4 du projet de texte actuel à insérer dans le Guide pour l'incorporation[25].

52. Le Groupe de travail devra également examiner la question de la présélection et de la sélection.

53. Si aucun changement n'est apporté à l'article 7 actuel de la Loi type (autre que d'y ajouter un renvoi au chapitre qui traite des enchères électroniques inversées), l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle tiendra une enchère électronique inversée, ne sera pas tenue d'ouvrir une procédure de présélection (mais pourra décider de le faire). Le Groupe de travail doit encore décider si la procédure de présélection devrait être obligatoire ou facultative, si la question devrait être traitée au cours de l'étape

---

[23] A/CN.9/590, par. 97.
[24] A/CN.9/590, par. 86.
[25] Qui se trouve à la suite du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.

d'évaluation initiale ou si une postsélection serait indiquée[26]. En gros, la présélection vise à établir avec certitude l'adjudicataire à la fin de l'enchère, et il est rappelé qu'elle permet également d'évaluer le nombre de participants à inviter à l'enchère électronique inversée de manière à garantir une concurrence effective. D'un autre côté, le coût et le temps que nécessite une telle procédure peuvent être évités si l'évaluation n'intervient qu'après la clôture de l'enchère.

D. Procédures pendant la phase d'enchère (article [47 *ter*]) (A/CN.9/590, par. 88 à 93, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 26 à 35)

1. Nouveau texte proposé pour la Loi type: article [47 *ter*]

54. Comme noté précédemment pour l'article 47 *bis*, ces procédures concernent le déroulement de l'enchère électronique inversée elle-même et s'appliqueraient que l'enchère soit une méthode à part entière ou une phase dans d'autres méthodes de passation. Toutefois, leur emplacement devrait être examiné lorsque le Groupe de travail aura décidé du caractère de ces enchères.

55. Le Groupe de travail a demandé que les modifications rédactionnelles suivantes soient apportées au texte dont il était saisi à sa huitième session (les paragraphes 1 a) et c), 4, 6 et 7 du texte dont il était saisi à cette session restent en l'état et ne sont pas répétés ici):

"Article [47 *ter*]. Conduite de l'enchère électronique inversée pendant la phase d'enchère proprement dite[27]

...

1 b) Les entités adjudicatrices ~~[fournissent]~~ [doivent communiquer instantanément] le prix soumis le plus bas de façon continue à tous les soumissionnaires au cours de l'enchère ~~des informations suffisantes [pour permettre à chacun de connaître son classement actuel] [pour savoir s'il est le mieux placé] [pour déterminer les modifications à apporter à toute offre pour qu'elle soit la mieux placée]].~~

2) L'enchère est close suivant la méthode et à la date et à l'heure précises spécifiées dans le dossier de sollicitation ou dans l'invitation à participer à l'enchère~~, comme suit:~~

~~a) Lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ou~~

~~b) Lorsqu'un certain délai spécifié s'est écoulé [sans qu'il ait été présenté une nouvelle offre valide qui l'emporte sur l'offre la mieux classée] [lorsque l'entité adjudicatrice ne reçoit plus aucun nouveau prix ou nouvelle valeur respectant les écarts minimum fixés]~~[28];

---

[26] Discuté en détail aux paragraphes 21 et 22 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.

[27] Qui figure à la suite du paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.I/WP.40.

[28] Le Groupe de travail a noté que ces questions devraient être abordées dans des règlements. Voir A/CN.9/590, par. 89. Si seules les enchères du Modèle 1 sont retenues, le Groupe de travail pourrait estimer que le paragraphe 2 b) devrait être modifié de la manière suivante;

3 ~~c)~~ L'entité adjudicatrice [peut également à tout moment annoncer le nombre de participants à l'enchère mais] ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire [pendant l'enchère] [avant la clôture de l'enchère. L'article 33-2 et 3 ne s'applique pas à une procédure comprenant une enchère électronique][29].

~~3)~~ 4) L'entité adjudicatrice peut suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin en cas de défaillance d'un système ou des communications[30].

...

~~5)~~ 6) La soumission à retenir est celle dont le prix est le plus bas ~~qui est la mieux classée par le mécanisme d'évaluation automatique~~ au moment de la clôture de l'enchère."

Commentaire

56. À sa huitième session, le Groupe de travail est convenu de reporter à une session ultérieure l'examen des questions relatives aux options disponibles si le soumissionnaire retenu ne concluait pas le marché ou ne constituait pas la garantie requise[31]. Le paragraphe 6 du projet dont il était saisi à sa huitième session prévoit, dans de telles circonstances, la possibilité pour l'entité adjudicatrice de retenir une autre soumission conformément à l'article 34-7 ou à l'article 36-5, de rouvrir l'enchère électronique inversée ou de recommencer la passation du marché. Bien que les dispositions puissent autoriser l'attribution du marché au deuxième soumissionnaire mieux classé, s'il peut être identifié, ou l'ouverture de négociations avec les autres soumissionnaires, le Groupe de travail a le risque éventuel d'offres fictives si le deuxième meilleur soumissionnaire ou les autres soumissionnaires pouvaient se voir attribuer le marché[32].

57. Le projet de texte dont le Groupe de travail était saisi à sa huitième session (qui figure à la suite du paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.I/WP.40) porte sur les enchères du Modèle 1. Si le Groupe de travail décide de retenir aussi les enchères du Modèle 2, les modifications suivantes devraient être apportées aux paragraphes 1 b) et 6:

"1 b) Les entités adjudicatrices doivent communiquer instantanément à tous les soumissionnaires le prix soumis le plus bas et des informations suffisantes pour permettre à chacun de connaître son classement actuel de façon continue au cours de l'enchère;

...

"2) b) Lorsqu'un certain délai spécifié s'est écoulé [sans qu'ait été soumise de nouvelle offre valide à un prix plus bas ~~qui l'emporte sur l'offre la mieux classée~~] [lorsque l'entité adjudicatrice ne reçoit plus de nouveaux prix ~~ou nouvelle valeur~~ répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux]".

29 Paragraphe renuméroté, voir A/CN.9/590, par. 90.

30 A/CN.9/590, par. 91.

31 A/CN.9/590, par. 92.

32 Ibid.

6) La soumission à retenir est celle qui a le prix le plus bas ou celle qui est la mieux classée d'après le mécanisme d'évaluation automatique au moment de la clôture de l'enchère."

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 47 *ter*

58. Le Groupe de travail a également décidé qu'il conviendrait d'examiner le texte du Guide pour l'incorporation (et tous projets de réglementation) une fois achevé l'examen du projet de texte de la Loi type. Il a également noté que le texte devrait être rédigé de manière à éviter, autant que possible, son obsolescence technique[33].

E. Obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché: ajout proposé à l'article 11 de la Loi type (A/CN.9/590, par. 94, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 3)

59. Le Groupe de travail a demandé qu'il soit tenu compte de l'application des critères d'accessibilité en exigeant qu'une décision d'utiliser des enchères électroniques inversées soit consignée dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché, mais avec le texte suivant en lieu et place du projet dont il était saisi à sa huitième session[34]:

"Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

1. L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché où figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:

...

b) *ter*[35] "Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées conformément à [l'article 19 *bis*], une déclaration à cet effet."

F. Teneur du dossier de sollicitation (A/CN.9/590, par. 97, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 7)

60. Le Groupe de travail a demandé que le niveau de détail des propositions de modification de l'article 27 dont il était saisi à sa huitième session soit reconsidéré afin que les dispositions qui n'ont pas besoin de figurer dans la Loi type soient déplacées pour être insérées dans des règlements ou dans le Guide. En conséquence, il est proposé que les éléments barrés dans le projet révisé ci-dessous soient insérés dans des règlements ou dans le Guide avec un renvoi approprié à

---

[33] A/CN.9/590, par. 93.

[34] A/CN.9/590, par. 94.

[35] Initialement proposé en tant qu'alinéa i) *bis* (voir A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 3). Il est proposé que la disposition devienne le paragraphe 1 b) *ter* qui viendrait après le paragraphe 1 b) *bis* proposé, contenant l'obligation de consigner dans le procès-verbal la décision de l'entité adjudicatrice quant au moyen de communication à utiliser dans la procédure de passation (voir A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 31).

l'article [47 *bis* e)], qui exige la communication des informations nécessaires aux soumissionnaires potentiels.

"Article 27. Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants:

...

n) *bis* lorsque la procédure de passation[36] doit être menée au moyen d'une enchère électronique inversée conformément aux [articles 47 *bis* et *ter*], une déclaration à cet effet, et:

[i) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère électronique inversée;

ii) L'adresse du site Web où se tiendra l'enchère électronique inversée et où les règles de l'enchère, le dossier d'appel d'offres et les autres documents pertinents seront accessibles;

~~iii) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;~~

iv) Les éléments de l'offre qui doivent être présentés à l'enchère;

~~v) Les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et, s'il y a lieu, la façon dont elles seront mises à leur disposition et le moment où elles le seront;~~

~~vi) Toutes les informations pertinentes concernant la procédure d'enchère proprement dite, y compris les données d'identification éventuelles pour la passation du marché, les caractéristiques techniques que doit avoir le matériel informatique à utiliser et la question de savoir si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'entre elles);~~

~~vii) Les conditions dans lesquelles les soumissionnaires peuvent enchérir et, en particulier, tout écart minimum concernant les prix ou d'autres éléments qui, [est exigé pour enchérir] [qui doit être respecté par toute nouvelle enchère présentée au cours de la procédure] [et le laps de temps que l'entité adjudicatrice laisse s'écouler entre la réception de la dernière offre et la clôture de l'enchère];~~

~~viii) Toutes les informations pertinentes concernant le dispositif électronique utilisé et les modalités et spécifications techniques de connexion;~~

ix) Toutes les autres informations nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de décider de participer ou non à l'enchère;

---

[36] L'expression "procédure d'appel d'offres" dans le projet précédent a été remplacée par "procédure de passation", comme le Groupe de travail l'avait demandé (voir A/CN.9/590, par. 96). Le même changement sera apporté à l'article 25 révisé et, au besoin, dans le reste du texte relatif aux enchères électroniques inversées.

n) *ter* Les règlements en matière de passation des marchés peuvent prescrire d'autres informations devant être ainsi fournies."

Commentaire

61. Le texte est rédigé en référence au dossier de sollicitation et s'appliquerait aux enchères électroniques inversées en tant qu'étape d'une procédure d'appel d'offres. Toutefois, si le Groupe de travail estime que les enchères devraient faire l'objet d'un chapitre séparé, soit comme une méthode à part entière soit comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation, les dispositions seraient alors ajoutées à la teneur du dossier de sollicitation dans ce chapitre.

62. Le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'alinéa n) i) devraient figurer à l'alinéa q) de l'actuel article 27[37]. En conséquence, le Groupe de travail souhaitera peut-être supprimer le premier et modifier le second de la manière suivante:

"Le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 33 ou, lorsqu'une enchère électronique inversée doit se tenir conformément aux dispositions des [articles 47 *bis* et *ter*], le début de l'enchère."

63. Le traitement des variantes dans l'alinéa g) de l'actuel article 27 s'appliquerait dans le contexte des enchères électroniques inversées du Modèle 2, mais le Groupe de travail pourrait estimer que les variantes devraient être exclues des enchères du Modèle 1. Dans ce cas, il souhaitera peut-être que le Guide pour l'incorporation donne des orientations à cet égard[38].

64. Si le Groupe de travail décide de retenir les enchères du Modèle 2 en plus de celles du Modèle 1, il souhaitera peut-être inclure à l'alinéa n) *bis* de l'article 27 le sous-alinéa supplémentaire suivant:

"Si le marché doit être attribué à l'offre la plus basse selon l'évaluation, la formule à utiliser pour quantifier les éléments autres que le prix devant être présentés à l'enchère. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre la plus basse selon l'évaluation."

G. Modification et retrait des offres (article 31 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 99, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 12)

65. Le Groupe de travail a observé que si les fournisseurs peuvent retirer leurs soumissions avant l'enchère électronique inversée, il faudrait examiner l'impact sur le degré de concurrence requis pour une enchère efficace. Il souhaitera donc peut-être inclure le texte suivant comme nouveau paragraphe 4 *bis* dans le texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 31:

"Bien que les fournisseurs et les entrepreneurs puissent retirer leurs [offres/soumissions] avant la date limite de présentation des [offres/soumissions] initiales dans le cas d'une enchère électronique inversée

---

[37] A/CN.9/590, par. 97.
[38] Ibid.

tenue conformément aux dispositions des [articles 47 *bis* et *ter*], ces retraits risquent de ne pas permettre d'assurer un niveau de concurrence suffisant, comme l'exige le paragraphe 4 d) de [l'article 47 *bis*]. L'entité adjudicatrice doit alors examiner s'il y aura une concurrence effective et, dans le cas contraire, [est tenue d'/peut] annuler l'enchère."

66. Là encore, l'emplacement et le libellé de cette disposition devraient tenir compte des types de méthodes de passation dans lesquelles peuvent être utilisées des enchères électroniques inversées.

A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics et le traitement des offres anormalement basses

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

[Les chapitres II à II A à G figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.43]

Paragraphes

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type 1-6

...

H. Garanties de soumission dans la soumission électronique d'offres et dans les enchères électroniques inversées (article 32 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 49 et 100, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 13) 1-4

I. Examen, évaluation et comparaison des offres (article 34 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 101, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 14 à 17) 5-6

III. Offres anormalement basses (voir A/CN.9/590, par. 106 à 111, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 21 à 29) 7-13

A. Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type 9-12

Commentaire 9-12

B. Propositions d'ajouts au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34 de la Loi type 13

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées en vertu de la Loi type

...

H. Garanties de soumission dans la soumission électronique d'offres et dans les enchères électroniques inversées (article 32 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 49 et 100, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 13)

1. À la huitième session, on a fait observer qu'il faudrait peut-être une disposition spécifique pour la question des garanties de soumission, à la lumière de

l'expérience de certaines délégations et de certains observateurs, selon lesquels ces garanties restaient des documents papier et la soumission simultanée des garanties et des offres électroniques ne serait peut-être pas possible. Il a été noté que des offres avaient été rejetées pour défaut de fourniture des garanties demandées en l'espèce (dans la pratique, l'absence de garanties de soumission peut entraîner la non-acceptation automatique des offres dès le début de la procédure de passation de marchés). Le secrétariat a été prié de fournir au Groupe de travail de plus amples informations et propositions sur cette question à sa prochaine session, et d'examiner par exemple s'il existait dans la pratique une législation autorisant la soumission de garanties dans un bref délai après la soumission des offres[1].

2. Il ressort de l'étude menée par le secrétariat que la vérification des garanties de soumission fournies en espèces (virements bancaires) ne devrait pas poser problème, puisque l'entité adjudicatrice serait en mesure de vérifier si des fonds ont été virés sur un compte désigné au moment même où elle reçoit des offres électroniques. S'agissant d'autres types de garanties de soumission, le secrétariat a été informé par des spécialistes du secteur bancaire que la transmission électronique d'engagements bancaires (c'est-à-dire de lettres de crédit ou garanties bancaires) par exemple entre banques grâce au réseau SWIFT est assez courante, mais les entités adjudicatrices publiques continuent à insister pour qu'elles reçoivent ces engagements sous forme papier[2]. La position peut toutefois changer dans la mesure où l'évolution des techniques et des pratiques de passation de marchés augmente la confiance dans les formes non matérielles de garanties de soumission.

3. S'agissant de certaines techniques électroniques de passation de marchés, comme le type d'enchères électroniques inversées où le prix est le seul critère d'attribution du marché et les systèmes dynamiques de passation de marchés, les demandes de garanties de soumission semblent être peu fréquentes, étant donné que ces techniques sont le plus souvent utilisées pour acquérir des produits "standard". Pour ce qui est de l'achat de produits plus complexes, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question dans une perspective plus large puisqu'il peut se révéler nécessaire de présenter sous une forme non électronique tant les garanties de soumission que les autres pièces du dossier de soumission. Par exemple, il peut être difficile de transmettre électroniquement des dessins complexes ou d'y accéder par des moyens électroniques sans disposer d'un logiciel approprié.

4. Cette question devrait être traitée dans le contexte des dispositions sur la forme des communications (l'actuel article 9) et la teneur du dossier de sollicitation (l'actuel article 27). En particulier, les dossiers de sollicitation pourraient prévoir des dérogations applicables à la présentation des pièces des dossiers de soumission qui ne pourraient pas être communiquées sous la forme générale spécifiée. En fait, l'alinéa 1 de l'article 27 et l'article 32 de la Loi type prévoient déjà un traitement spécial des garanties de soumission dans les dossiers de sollicitation. Avec les "critères d'accessibilité", ces dispositions pourraient ménager une marge de manœuvre suffisante à l'entité adjudicatrice et des garanties suffisantes aux fournisseurs ou entrepreneurs dans les situations où la transmission électronique

---

[1] A/CN.9/590, par. 49.

[2] Cette information provient d'un organe judiciaire spécialisé en matière de commerce, d'opérations bancaires et de passation électronique de marchés.

simultanée des garanties de soumission et du reste du dossier de soumission n'est pas possible.

I. Examen, évaluation et comparaison des offres (art. 34 de la Loi type, A/CN.9/590, par. 101, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 14 à 17)

5. Le Groupe de travail a demandé que le texte qui figure après le paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1 soit modifié comme suit, afin d'empêcher les modifications d'offres qui pourraient par la suite rendre conforme une offre non conforme:

> "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, sauf en ce qui concerne les éléments des offres qui doivent être présentés dans une enchère électronique inversée en vertu de [l'article 47 *bis* et 47 *ter*]."

6. Pour déterminer l'emplacement de cette disposition et son libellé exact, il faudrait par ailleurs tenir compte des types de méthode de passation de marchés pour lesquels le recours aux enquêtes électroniques inversées peut être envisagé.

III. Offres anormalement basses (voir A/CN.9/590, par. 106 à 111, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 21 à 29)

7. Le Groupe de travail a décidé à sa huitième session que des dispositions minimales pour traiter les offres anormalement basses devaient être insérées dans la Loi type, complétées par un commentaire détaillé dans le Guide. Il faut surtout définir les mesures nécessaires pour éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives, lorsque l'on traite les offres à prix apparemment anormalement bas (c'est-à-dire pour éviter le rejet d'offres au motif qu'elles sont anormalement basses, sans justification)[3].

8. Le Groupe de travail a également demandé que les critères suivants soient retenus: i) il faudrait autoriser mais non obliger l'entité adjudicatrice à rejeter des offres anormalement basses; ii) il ne faudrait pas donner la possibilité d'évaluer les offres en fonction du coût et non du prix, car l'évaluation des coûts est extrêmement lourde et complexe; iii) seule l'entité adjudicatrice, et non un tiers, devrait pouvoir prendre des mesures lorsqu'elle soupçonne une offre d'être anormalement basse et l'offre en question devrait être évaluée de manière purement objective; et iv) il importait de traiter les offres susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché concerné, car des mesures postérieures pourraient encore accroître les prix et compromettre le marché.

---

[3] A/CN.9/590, par. 107 et 109.

A. Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type

"**Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres**

…

4) a) *bis* Si un prix soumissionné est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, et:

i) Qu'elle ait demandé par écrit, conformément à l'article 34-1 a), des précisions sur la composition de l'offre ou des offres suscitant [l'avis que le(s) prix soumissionné(s) est ou sont anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir/des craintes quant à l'aptitude du (des) soumissionnaire(s) à exécuter le contrat];

ii) Ayant pris en compte les informations fournies, continue à [être d'avis que le(s) prix soumissionné(s) est ou sont anormalement bas/avoir ses craintes]; et

iii) Qu'elle ait consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché qu'elle est tenue de dresser, conformément à l'article 11, [l'avis qu'un prix soumissionné est anormalement bas/les craintes quant à l'aptitude du (des) soumissionnaire(s) à exécuter le contrat] les motifs de cet avis ou de ces craintes ainsi que toute communication entre elle et le(s) soumissionnaire(s) s'y rapportant;

elle peut, avant de déterminer l'offre à retenir conformément à l'article 34-4 b) rejeter les offres anormalement basses."

Commentaire

9. Le projet ci-dessus a été modifié pour tenir compte des instructions données par le Groupe de travail, selon lesquelles toute confusion entre la question des qualifications et celle de l'évaluation des offres devrait être évitée[4], et que le texte devrait indiquer que, avant de pouvoir rejeter une offre au motif que le prix est anormalement bas, l'entité adjudicatrice était tenue de procéder à une enquête sur le prix.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si les offres considérées doivent être rejetées comme non conformes (auquel cas les dispositions devraient faire partie de l'article 34-3 et il y aurait obligation de rejeter une offre anormalement basse), si les offres sont acceptées dans la mesure où elles sont conformes mais rejetées par la suite au motif d'être anormalement basses (auquel cas les dispositions devraient faire partie de l'article 34-4 comme prévu ci-dessus), ou si un certain degré de souplesse est justifié (par exemple, en insérant un nouveau paragraphe, l'article 34-3 *bis*).

11. Le Groupe de travail a aussi demandé que le libellé du chapeau de projet de texte, dont il était saisi à sa huitième session, et qui présentait la procédure de justification des prix comme suit:

---

[4] À cet égard, l'ajout à l'article 34-4 b) examiné par le Groupe de travail à sa huitième session (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 23) a été supprimé. Voir A/CN.9/590, par. 110.

> "Si le prix soumissionné est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, et suscite des craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat,"
>
> soit modifié de manière à supprimer le second membre de phrase "et suscite des craintes quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat"[5].

12. Ce membre de phrase figure aussi à d'autres emplacements dans le projet de texte révisé et le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il doit être réellement maintenu[6]. En abordant cette question, le Groupe de travail se rappellera peut-être ses observations selon lesquelles "la cause du problème [est le] risque lié à l'exécution"[7], et "un prix bas ne serait pas nécessairement en soi l'indice d'un risque lié à l'exécution"[8], et pourrait donc examiner s'il faut déclarer expressément que le risque lié à l'exécution est une question à traiter.

B. Propositions d'ajouts au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34 de la Loi type

13. Pour ce qui est du texte proposé du Guide pour l'incorporation, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les ajouts suivants au projet dont il était saisi à sa huitième session afin de tenir compte des craintes exprimées à cette session[9]:

> "1) *bis* Des éclaircissements peuvent être demandés en vertu du paragraphe [1 a)], si l'entité adjudicatrice soupçonne par exemple qu'une offre anormalement basse, pouvant résulter d'une interprétation inexacte du dossier de sollicitation ou d'autres erreurs, a été soumise. Une offre est réputée être anormalement basse si le prix soumissionné semble irréaliste, c'est-à-dire s'il est inférieur au prix de revient ou s'il risque de rendre impossible l'exécution du marché ou la réalisation d'une marge bénéficiaire normale. Du point de vue de l'entité adjudicatrice, une offre anormalement basse comporte le risque que le contrat ne puisse pas être exécuté, ou ne puisse pas l'être au prix soumissionné, ce qui peut entraîner des frais et des délais supplémentaires. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter un tel risque lié à l'exécution. Il importe de noter qu'un prix soumissionné peut être bas, mais non anormalement bas, en particulier dans la passation de marchés internationaux, du fait qu'un prix anormalement bas dans un pays peut être parfaitement normal dans un autre, et que la vente à perte de vieux stocks ou la

---

[5] A/CN.9/590, par. 110.

[6] À sa septième session, le Groupe de travail a demandé que les dispositions concernant cette question s'inspirent des principes suivants: "si un prix soumissionné est anormalement bas et suscite des craintes justifiées quant à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le contrat, l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à rejeter l'offre. Il a été noté que ce rejet serait soumis à deux conditions: que le soumissionnaire ait eu la possibilité d'expliquer ses prix dans le cadre d'une procédure de justification, et que le motif de rejet figure dans le procès-verbal de passation de marché, de sorte que toute contestation puisse être examinée en regard de ce motif." Voir A/CN.9/575, par. 79.

[7] A/CN.9/575, par. 68.

[8] A/CN.9/575, par. 69.

[9] A/CN.9/590, par. 106 à 108, commentant le projet de texte de A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 28.

fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d'œuvre peut être légitime. Par ailleurs, la soumission d'une offre anormalement basse peut masquer des actes délictueux (par exemple, le blanchiment d'argent) ou des pratiques illégales (par exemple, le non-respect des obligations de rémunération minimale ou de couverture sociale).

...

1) *quater* L'entité adjudicatrice devrait tenir compte de la réponse fournie lorsqu'elle évalue les offres. Les États adoptants [voudront peut-être/voudront] garantir la transparence et la clarté, la mise en place de procédures et garanties appropriées pour éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives et que, pour ce qui est d'offres anormalement basses, l'objectivité absolue de l'avis de l'entité adjudicatrice. Il importe de noter que c'est le réalisme du prix qu'il faut apprécier (en utilisant des éléments comme les estimations effectuées avant la soumission des offres, les prix du marché et les marchés antérieurs, le cas échéant) et non le coût de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisé pour déterminer le prix même. La raison d'évaluer les offres en fonction du prix et non du coût est que l'évaluation des coûts est extrêmement lourde et complexe et n'est pas possible dans tous les cas."

[le reste du projet de texte figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 28 demeure inchangé]

H. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services: l'utilisation des accords-cadres dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session

(A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Généralités	3-18
	A. Description	3-6
	B. Terminologie	7-9
	C. Rapport avec d'autres instruments de passation	10
	D. Principaux avantages et inconvénients du recours aux accords-cadres	11-18
III.	Étendue de la réglementation et de l'utilisation	19-39
	A. Accords-cadres	19-20
	B. Afrique	21-24
	C. Asie	25-26
	D. Europe	27-30
	E. Amérique latine	31-32
	F. Amérique du Nord	33-35
	G. Systèmes présentant des caractéristiques comparables aux accords-cadres	36-39
IV.	Conditions générales d'utilisation des accords-cadres	40-59
	A. Portée des accords-cadres	40-42
	B. Restrictions concernant les types d'articles à acquérir	43-45
	C. Durée des accords-cadres	46-48
	D. Seuils financiers et autres critères déterminant l'application des règles et réglementations relatives à la passation de marchés	49-51
	E. Exigences en matière de publicité et de publication	52-56
	F. Recours	57-59

I. Introduction

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 5 à 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.41, dont celui-ci sera saisi à sa 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. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer une note sur l'utilisation des accords-cadres contenant éventuellement des projets d'orientations (A/CN.9/568, par. 78). Il a décidé à sa septième session (New York, 4-8 avril 2005) d'aborder la question des accords-cadres à sa session suivante s'il en avait le temps (A/CN.9/575, par. 9), mais ne l'ayant pas eu, a ensuite reporté l'examen de cette question à sa neuvième session (A/CN.9/590, par. 10). La présente note, préparée en réponse à la demande formulée à sa sixième session et fondée sur les informations communiquées au secrétariat, est soumise au Groupe de travail pour qu'il l'examine à sa neuvième session.

II. Généralités

A. Description

3. Les accords-cadres peuvent être décrits comme des opérations visant à assurer la fourniture d'un produit ou d'un service pendant une période donnée, comprenant:

a) Une invitation aux fournisseurs potentiels à participer à une procédure de passation (selon la méthode adaptée aux biens, travaux ou services concernés, par exemple la publication d'un avis d'appel d'offres);

b) La sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base de leurs réponses à l'invitation, conformément à la méthode de passation choisie (la "première phase" du processus d'attribution), après quoi le ou les fournisseurs concluent un accord-cadre avec l'entité adjudicatrice; et

c) La passation ultérieure de commandes périodiques auprès du ou des fournisseurs choisis lorsque surviennent des besoins particuliers (la "deuxième phase" du processus d'attribution).

4. Les accords-cadres sont surtout utilisés pour des biens, travaux ou services dont l'entité adjudicatrice a un besoin répétitif, tels que des fournitures de bureau, des pièces détachées, des fournitures informatiques et des services de maintenance, mais dont les quantités voulues et les délais de livraison ne sont pas connus au moment de l'invitation initiale. Ils servent aussi à effectuer des achats auprès de sources multiples, par exemple d'électricité ou de médicaments, ainsi que des achats centralisés pour plusieurs entités adjudicatrices.

5. Les accords-cadres sont devenus un instrument de passation de plus en plus prisé, en particulier avec l'essor des procédures dématérialisées. Il est estimé, par

exemple, qu'en 2003 ce type d'accord représentait près de 30 % des marchés fédéraux passés aux États-Unis[1].

6. Les accords-cadres peuvent être conclus avec un seul fournisseur (accords à fournisseur unique) ou avec plusieurs (accords à fournisseurs multiples) et prendre ou non la forme de contrats contraignants. Dans tous les cas, ils peuvent renforcer la sécurité de l'approvisionnement, soit parce qu'ils obligent le fournisseur à exécuter les commandes passées, soit dans le cas d'accords à fournisseurs multiples, parce que, même s'ils ne sont pas contraignants, l'entité adjudicatrice est susceptible de trouver un ou plusieurs fournisseurs capables d'exécuter ses commandes. Certains types d'accords à fournisseurs multiples laissent à l'entité adjudicatrice une certaine souplesse dans le choix du fournisseur pour une commande donnée, en lui permettant d'adapter le cahier des charges de l'accord à ses besoins particuliers pour la commande en question[2].

B. Terminologie

7. Le terme "accord-cadre" ("framework agreement") est employé pour désigner le type d'accord décrit plus haut dans certains systèmes (notamment au Royaume-Uni et dans les pays d'Afrique et d'Asie qui suivent le système juridique britannique) ainsi que dans les directives de l'Union européenne de 2004 relatives à la passation de marchés[3].

8. On emploie aussi d'autres termes pour désigner ce ou ces types d'accords, tels que "indefinite-delivery/indefinite quantity contract (IDIQ)" (contrat à prestations et à quantités indéterminées) ou "task-order contract" (marché de services à bon de commande) aux États-Unis et, plus généralement, "umbrella contract" (contrat-cadre)[4].

---

[1] Pourcentage du montant en dollars affecté aux marchés publics à l'échelle fédérale, de 1997 à 2002. Voir Government Accountability Office, Civilian Agency Compliance with Revised Task and Delivery Order Regulations, GAO-03-983 (août 2003).

[2] Le fournisseur qui offre le meilleur rapport qualité/prix peut donc varier selon la nature de la commande, compte tenu des réductions de prix accordées en fonction de la commande, de la disponibilité du personnel du fournisseur pour la réalisation de tâches particulières, de l'évolution de ses produits entre la conclusion de l'accord-cadre et la commande, ou d'autres facteurs.

[3] Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004: directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, respectivement (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134, du 30 avril 2004, p. 1 et 114, et suivantes, également disponibles à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm). La directive 2004/17/CE autorise à l'article 14 le recours aux accords-cadres et la directive 2004/18/CE prévoit à l'article 32 des dispositions plus détaillées sur la question, qui serviront de base à l'examen dans la présente note de l'utilisation des accords-cadres dans l'Union européenne et ses États membres.

[4] En français, par exemple, ces accords sont appelés de différentes manières, à savoir "accords-cadres", "marchés de clientèle", "marchés à commande" et "marchés fractionnés", et, en espagnol, "acuerdos marco", "acuerdos de suministro" et "contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantativo indefinido".

9. L'emploi dans le contexte de la CNUDCI d'un des termes ci-dessus en dehors de son système d'origine pouvant prêter à confusion quant à la nature de l'accord visé, une première question que le Groupe de travail devra examiner est celle de savoir comment désigner ces accords. S'il considère que la Loi type devrait adopter une approche semblable à celle d'un autre régime, il souhaitera peut-être emprunter à ce régime le terme pertinent. Une autre possibilité serait d'employer un terme qui n'est pas étroitement rattaché à un système particulier, comme "accord d'achats périodiques" "accord d'achats récurrents", "accord pour besoins périodiques" ou "instrument de fourniture périodique". Aux fins de la présente note, toutefois, et conformément aux documents précédents présentés au Groupe de travail sur le sujet, on retiendra le terme "accord-cadre".

C. Rapport avec d'autres instruments de passation

10. Les accords-cadres s'apparentent aux listes de fournisseurs dressées en prévision de la passation de marchés. Ces deux instruments recensent les fournisseurs auxquels seront attribués des marchés futurs. Bien qu'ils aient été décrits d'un point de vue commercial comme "des nuances sur un seul et même spectre"[5], ils présentent des différences importantes[6]. En effet, l'accord-cadre se distingue de la liste de fournisseurs par les caractéristiques suivantes:

a) L'entité adjudicatrice lance une invitation initiale à soumettre une offre ou une autre invitation à participer à une procédure de passation[7];

b) Cette invitation contient:

i. un cahier des charges des biens, travaux ou services à acquérir et d'autres exigences concernant la passation; et

ii. les conditions de fourniture des biens, travaux ou services par les différents fournisseurs (telles que le prix, les délais et les frais de livraison).

D. Principaux avantages et inconvénients du recours aux accords-cadres

11. Les accords-cadres visent principalement à réduire le coût et le délai des opérations et à assurer la sécurité de l'approvisionnement. Le fait que, dans un

---

[5] Arrowsmith S., "Framework purchasing and qualification lists under the European Procurement Directives: Part I", (1999) 8 P.P.L.R, 115.

[6] Il est vrai, cependant, que certains types d'accords-cadres et de listes de fournisseurs peuvent être difficiles à mettre dans l'une ou l'autre catégorie. Les documents A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 traitent de l'utilisation des listes de fournisseurs.

[7] Aux États-Unis, pour devenir "fournisseur inscrit" ("*Schedule contractor*") de la General Services Administration (GSA) et donc obtenir l'équivalent d'un accord-cadre, un fournisseur doit d'abord soumettre une offre en réponse à la sollicitation de la GSA pour le marché concerné. Cette dernière attribue des marchés aux entreprises sérieuses qui proposent des articles commerciaux correspondant aux descriptifs généraux figurant dans ses sollicitations. Pour plus de détails, voir http://www.gsa.gov/Portal/gsa/ep/channelView.do?pageTypeId=8199 &channelPage=%2Fep%2Fchannel%2FgsaOverview.jsp&channelId=-13464.

accord-cadre, les fournisseurs aient été identifiés, que leurs qualifications aient été évaluées et que le cahier des charges et les conditions du marché futur aient été établis avant l'émission d'une commande permet d'éviter les coûts récurrents et d'effectuer des achats à un coût global plus faible et avec des délais de livraison plus courts que si chaque achat faisait l'objet d'une procédure de passation distincte. Les types d'accords-cadres où la mise en concurrence se fait intégralement dans la première phase du processus d'attribution sont faciles à gérer dans la seconde phase, offrant ainsi des possibilités importantes de réduction des coûts et des délais. L'expérience montre que les accords-cadres offrent le maximum d'avantages lorsque chaque commande est passée par voie électronique[8]. En outre, selon l'avis d'observateurs, ces accords peuvent aussi réduire le coût des stocks (les fournitures n'étant commandées qu'en cas de besoin) et laissent une plus grande souplesse à l'entité adjudicatrice dans la planification des besoins, sur le plan à la fois des délais et des quantités[9].

12. Un accord-cadre peut être utile, d'une part, pour assurer la rapidité et la sécurité de l'approvisionnement (il peut par exemple exiger du fournisseur qu'il exécute toutes les commandes passées et qu'il dispose d'un stock permanent d'un produit donné, même dans les locaux de l'entité adjudicatrice)[10] et, d'autre part, lorsqu'il est avantageux que l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs entretiennent des relations étroites durables (par exemple dans le cadre de programmes conjoints de recherche et de développement).

13. Il a également été observé que l'un des avantages de l'utilisation d'accords-cadres dans le processus de passation est que les phases de mise en concurrence successives peuvent permettre d'obtenir un meilleur rapport qualité/prix. Une entité adjudicatrice devrait avoir la possibilité de tirer parti "des avantages d'un environnement concurrentiel permanent pendant toute la durée du contrat[11] et de demander des réductions de prix en fonction du volume des commandes prévu.

---

[8] Selon des observateurs, l'attribution d'un marché au cours de la seconde phase peut se faire en quelques heures grâce aux moyens électroniques, alors que les autres méthodes de passation demandent plusieurs semaines voire plusieurs mois.

[9] Certains commentateurs estiment que les accords-cadres conviennent mieux que les listes de fournisseurs aux procédures d'urgence, notamment dans le cas des services d'utilité publique (ces procédures pourraient autrement être menées selon la méthode de sollicitation de prix, aussi appelée "course au moins disant" prévue par la Loi type). Cependant, d'autres commentateurs soulignent les risques en termes de qualité découlant d'une telle externalisation, en particulier pour ce type de services.

[10] La sécurité peut être renforcée si l'accord donne au(x) fournisseur(s) une idée des commandes futures, de sorte qu'ils soient plus susceptibles d'investir dans les installations et le matériel nécessaires, en particulier lorsqu'il s'agit d'un produit sur mesure. L'accord peut stipuler une quantité maximale pour tenir compte d'une demande importante inattendue – soit pour éviter aux fournisseurs d'être confrontés à un volume de commandes imprévu, soit pour permettre aux entités adjudicatrices de rechercher des sources d'approvisionnement plus avantageuses auprès d'un fournisseur plus important.

[11] U.S. Office of Management & Budget, Office of Federal Procurement Policy, "Best Practices for Multiple Task and Delivery Contracting", 7 (Washington, D.C.: juillet 1997), consultable à l'adresse www.acqnet.gov/Library/OFPP?/BestPractices/BestPMAT.html.

14. Les accords-cadres seraient donc de nature à favoriser les objectifs que la Loi type fixe dans son préambule, notamment celui d'aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés.

15. Des observateurs ont aussi émis l'avis que les accords-cadres peuvent améliorer l'accès des petits fournisseurs et des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, bien que cet avis soit contredit par d'autres qui estiment que la passation des gros marchés, qui se fait généralement au moyen d'accords-cadres, favorise les fournisseurs plus importants[12].

16. D'autres observateurs ont toutefois noté que ces accords pourraient faire obstacle à une concurrence effective non seulement parce que, l'obligation de la concurrence pleine et ouverte ne s'appliquant pas à la passation des commandes mêmes, ils risquent d'exclure des fournisseurs potentiels du marché concerné, mais aussi en raison du risque que la concurrence soit insuffisante au stade de la commande, que les fournisseurs s'entendent entre eux et que l'utilisation des accords-cadres dans la pratique ne fasse l'objet d'aucun contrôle véritable.

17. En outre, les accords-cadres peuvent être de longue durée et de large portée et, partant, exclure certains marchés de la concurrence périodique envisagée par les règlements en matière de passation (par exemple, en attribuant de fait le marché à un fournisseur national). Ils pourraient ainsi compromettre les objectifs énoncés dans la Loi type de traitement juste et équitable, d'intégrité et de confiance du public dans le système de passation si leur fonctionnement n'est pas convenablement réglementé et surveillé.

18. Les avantages et risques éventuels de l'utilisation des accords-cadres sont examinés plus avant au chapitre V, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1.

III. Étendue de la réglementation et de l'utilisation

A. Accords-cadres

19. Selon l'avis d'observateurs, les accords-cadres peuvent être utilisés sous de nombreux régimes de passation existants, aux niveaux tant international que national. Dans certains États de droit romano-germanique qui ont des lois sur la passation, les accords-cadres sont expressément prévus, généralement par des dispositions qui permettent d'y recourir[13], et dans certains cas par une législation plus détaillée[14].

20. Les accords-cadres sont également utilisés même en l'absence d'une réglementation spécifique. Bien que l'Accord sur les marchés publics (AMP) de

---

[12] En théorie, ce type d'accord-cadre pourrait servir pour des achats qui se prêteraient à un marché unique, mais que l'entité adjudicatrice diviserait en lots pour permettre la participation de PME. Cependant, les informations communiquées au secrétariat ne contiennent aucun exemple d'une telle utilisation dans la pratique.

[13] Comme le Burkina Faso, le Chili, la Chine, l'Éthiopie, le Mexique et le Niger.

[14] Voir par exemple la section V de la loi brésilienne n° 8.666 du 21 juin 1993 et le décret n° 3.391 du 19 septembre 2001, ainsi que l'article 71 du Code français des marchés publics.

l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[15] et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ne prévoient aucune disposition expresse en la matière, les commentateurs estiment qu'ils reconnaissent tous deux la possibilité d'une procédure d'attribution de marchés en plusieurs phases, les accords-cadres pouvant donc être utilisés dans les systèmes soumis à ces instruments. Dans les pays sans tradition de réglementation de la passation des marchés (comme ceux qui suivent le système juridique britannique), les accords-cadres sont aussi utilisés depuis de nombreuses années sans réglementation particulière. Cependant, on constate que la tendance dans la législation récente de nombreux systèmes est de prévoir des dispositions sur ce type d'accords. La Loi type ne traite pas actuellement des accords-cadres et ses dispositions qui risquent d'y faire obstacle sont examinées au chapitre IV ci-dessous, sur les conditions d'utilisation, ainsi que dans le document A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1.

B. Afrique

21. Parmi les systèmes considérés, plus des deux tiers prévoient le recours aux contrats à prestations et quantités indéterminées ou aux accords-cadres. Il s'agit aussi bien de pays de *common law* (comme le Malawi et la Tanzanie) que de pays de droit romano-germanique (comme le Burkina Faso, l'Éthiopie, le Mali, le Niger et le Sénégal)[16]. Dans les systèmes de droit romano-germanique, les dispositions ne prévoient généralement que des accords-cadres à fournisseur unique, tandis que dans ceux de *common law*, elles prévoient aussi des accords-cadres à fournisseurs multiples.

22. Au Malawi, par exemple, la loi prévoit des dispositions à la fois pour les "contrats à prestations et quantités indéterminées" et pour les "accords-cadres"[17]. Les premiers sont conclus avec un seul fournisseur, tandis que les seconds peuvent l'être avec au moins trois, auquel cas une remise en concurrence est exigée dans la seconde phase. L'Éthiopie et la Tanzanie ont des dispositions générales sur les accords-cadres[18].

23. Au Burkina Faso, les "contrats à prestations et quantités indéterminées" et les "accords-cadres" doivent préciser les biens ou articles à acquérir, leur prix, ainsi

---

[15] L'Organisation mondiale du commerce (OMC) négocie actuellement des projets de révision de l'Accord sur les marchés publics (voir l'Annexe 4 b) de l'Acte final, qui présente les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf. L'Accord pourrait être modifié de manière à prévoir une disposition expresse sur les accords-cadres, bien que certains États membres estiment qu'une telle disposition ne serait pas appropriée.

[16] Les pays qui ne prévoient pas de disposition sur la question sont notamment le Cameroun, l'Égypte, le Nigéria et la Sierra Leone.

[17] Articles 29 et 30, respectivement, de la loi malawienne n° 8, de 2003, sur les marchés publics.

[18] Article 5.2 de la Loi éthiopienne sur les marchés publics et article 57 du Règlement tanzanien sur la passation de marchés de 2005 portant application de la Loi sur les marchés publics (n° 3 de 2001).

qu'un montant ou une quantité minimum et maximum[19]. Des dispositions semblables sont appliquées au Niger[20].

24. Au Sénégal, une entité adjudicatrice dont les besoins futurs sont incertains peut conclure, selon les procédures de passation normales, soit un "marché à commande" qui fixe le minimum et le maximum des prestations (exprimées soit en quantités soit en valeurs), soit un "marché de clientèle" où les types de biens sont spécifiés mais non leur montant ni quantité et où le prix est calculé en fonction des conditions du marché[21]. On retrouve des dispositions semblables en Algérie[22], au Mali[23], au Maroc[24], en Tunisie[25] et dans le système de l'Union économique et monétaire ouest-africaine[26].

C. Asie

25. La législation chinoise prévoit la conclusion d'accords-cadres tant à fournisseur unique qu'à fournisseurs multiples, à l'issue d'une concurrence ouverte initiale. En ce qui concerne les accords à fournisseurs multiples, les négociations avec les fournisseurs sont autorisées si la commande ultérieure est relativement importante, ou si d'autres offres de prix peuvent être demandées. Des informations sur les fournisseurs et leurs offres sont publiées sur le site Web du Ministère des finances consacré aux marchés publics. Les accords à fournisseur unique sont autorisés, dans des circonstances limitées, pour la passation de marchés de services. La législation ne traite pas des modalités de fonctionnement de ces accords[27]. Dans la Région administrative spéciale de Hong Kong[28], les accords-cadres sont utilisés sans être soumis à des dispositions spécifiques.

26. Aucune disposition n'a été recensée en Indonésie, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, en République démocratique populaire lao, en Syrie ou au Viet Nam[29]. À Singapour[30], comme à Hong Kong, les accords-cadres sont utilisés depuis longtemps sans qu'ils ne soient réglementés.

---

[19] Décret n° 2003-269/Pres/Pm/Mfb.

[20] Article 65 du Code des marchés publics.

[21] Voir article 26 du chapitre 6 – Marchés de clientèle ou à commande – du Code des marchés publics, décret n° 2002-550, juillet 2002.

[22] Décret présidentiel n° 02-250 du 13 Joumada El Oula 1423 correspondant au 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics.

[23] Décret n° 95-401/p-rm portant code des marchés publics.

[24] Article 5 du décret n° 2-98-482, fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion.

[25] Article 8 du décret n° 2002-3158 portant réglementation des marchés publics, décembre 2002.

[26] Articles 7, 36 et 37 du projet de Directive.

[27] Clauses 31 et 32 du Règlement du Ministère des finances sur la gestion des marchés publics pour les administrations centrales ("Government Procurement Management Implementation for Central Agencies").

[28] Informations communiquées au secrétariat par le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine).

[29] Voir par. 45 pour les dispositions de la Mongolie et de la Thaïlande.

[30] Des informations sur cette pratique ont été communiquées au secrétariat. Les conditions d'utilisation des marchés publics électroniques ("Terms and Conditions for Use of the Government Electronic Business (GeBIZ)"), qui régissent un système où les fournisseurs

D. Europe

27. Les récentes directives européennes sur la passation des marchés prévoient des dispositions expresses sur les accords-cadres[31]. Elles disposent que les États membres "peuvent" prévoir la possibilité de recourir aux accords-cadres (en d'autres termes, il n'y a aucune obligation de le faire) et énoncent les normes minimales pour leur fonctionnement. Chaque État membre peut adopter, à partir de là, une législation plus restrictive que les directives et dans certains cas la législation existante l'est déjà.

28. Les nouvelles directives de l'Union européenne (UE) sont entrées en vigueur à la suite de consultations avec les États membres et ne sont pas différentes des dispositions ou des pratiques appliquées dans certains d'entre eux, comme la France[32], le Royaume-Uni (où les accords-cadres sont utilisés sans être soumis à une réglementation particulière)[33] et la Suède[34]. (Ces pays mettent actuellement leur législation à jour afin de tenir compte des dispositions des nouvelles directives.) La directive 2004/18/CE de l'Union européenne autorise une entité adjudicatrice à conclure un accord-cadre (après avoir respecté les dispositions

---

s'inscrivent pour conclure des contrats avec l'État par voie électronique, mentionnent expressément la possibilité de recourir aux accords-cadres, y compris pour les marchés soumis à sollicitation de prix (clause 12 et Definition of Framework Agreements).

[31] Voir, en particulier, l'article 32 de la Directive 2004/18/CE.

[32] Articles 71 et 72 du Code des marchés publics, décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, en cours d'actualisation pour tenir compte des nouvelles directives de l'Union européenne sur la passation des marchés. La pratique dans le cadre du Code actuel est la suivante: les dispositions établissent une distinction entre deux types d'accords-cadres, qui sont autorisés lorsque le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché. Il y a premièrement le marché à bons de commande qui fixe le montant minimum obligatoire et le montant maximum autorisé pour les commandes de biens, travaux ou services auprès du fournisseur concerné. Ce type d'accord est généralement conclu avec un seul fournisseur, mais les accords à fournisseurs multiples sont autorisés pour des raisons dûment justifiées par l'impossibilité pour une seule entreprise de réaliser la totalité des prestations ou par la nécessité d'assurer la sécurité d'approvisionnement. Deuxièmement, il y a le marché à tranches conditionnelles en vertu duquel l'entité adjudicatrice n'est tenue d'acheter qu'une certaine quantité, mais a la possibilité d'acheter davantage. La mise en concurrence est exigée au cours de la première phase sur la base de la valeur maximale estimée des marchés prévus.

[33] L'Office of Government Commerce du Gouvernement britannique estime que les accords-cadres n'étaient pas incompatibles avec les anciennes directives de l'Union européenne sur la passation des marchés en ce que la conclusion de l'accord-cadre pouvait soit se faire conformément aux directives s'il s'agissait d'un contrat contraignant assorti d'une obligation d'achat, soit en dehors du champ d'application de ces directives si l'entité adjudicatrice n'était tenue à aucun achat. Les achats effectués en vertu de l'accord-cadre étaient des contrats soumis aux directives, et la Commission européenne s'inquiétait de ce qu'ils ne soient pas attribués de manière conforme à celles-ci si le cahier des charges était modifié durant cette phase. Le problème est à présent réglé avec l'adoption des nouvelles directives de l'UE sur la passation des marchés. Voir, pour plus de détails, la note d'information de l'Office of Government Commerce, février 2003, consultable à l'adresse http://www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1000330, et Arrowsmith S., "Case Comment: Framework Agreements under the UK Procurement Regulations: the Denfleet Case" 2005, PUB. PROC. L. REV. NA86.

[34] Loi sur les marchés publics (SFS 1992:1528), telle que modifiée, consultable à l'adresse http://www.nou.se/pdf/louenglish.pdf.

concernant notamment la publicité, les délais et les conditions de remise des offres) et à émettre ensuite des commandes pour chaque achat[35].

29. D'autres pays de l'Union européenne qui ont adopté une législation prévoyant expressément la conclusion d'accords-cadres conformément aux directives sont le Danemark, l'Estonie[36], la Finlande[37], la Pologne[38] et la Slovaquie[39]. Parmi les États non membres de l'UE considérés, l'ex-République yougoslave de Macédoine[40] et la Norvège[41] ont pris des dispositions prévoyant le recours à ce type d'accords.

30. En Arménie, une liste des biens, travaux et services à acquérir par une "mise en concurrence classique" est préparée puis approuvée par le Ministère des finances et de l'économie, après quoi les entités adjudicatrices établissent un cahier des charges et engagent une procédure de passation normale pour les articles concernés.

E. Amérique latine

31. Les contrats à prestations et quantités indéterminées sont couramment utilisés dans cette région et sont souvent conclus par une entité adjudicatrice centrale (telle que la *Dirección de Compras y Contratación Pública* au Chili)[42] ou par une entité pour le compte de plusieurs (comme au Pérou)[43]. Au Mexique, ces contrats sont autorisés et prévoient des quantités minimales et maximales et des délais d'achat[44].

---

[35] Les entités adjudicatrices peuvent passer des commandes soit en appliquant les termes fixés dans l'accord-cadre soit, lorsque tous les termes n'ont pas été fixés à l'avance dans cet accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties à l'accord-cadre. Les directives prévoient que la remise en concurrence devrait répondre à certaines règles visant à garantir la flexibilité nécessaire et à garantir le respect de leurs principes généraux, notamment le principe d'égalité de traitement. Pour ces raisons, la durée des accords-cadres ne devrait pas pouvoir dépasser quatre ans.

[36] Voir la loi sur les marchés publics du 19 octobre 2000 (RT1 I 2000, 84, 534; version consolidée RT I 2001, 40, 224), entrée en vigueur le 1er avril 2001, telle que modifiée, consultable à l'adresse http://www.rha.gov.ee/eng/?nav_PeaLink=Oigusaktid&id=15.

[37] Voir http://www.hansel.fi/index.php?id=286&action=empty.

[38] Loi sur les marchés publics du 29 janvier 2004, consultable à l'adresse http://www.uzp.gov.pl/.

[39] Loi n° 523/2003 du 24 octobre 2003, consultable à l'adresse http://www.uvo.gov.sk/english/stat02a/stat02a.htm.

[40] Voir la Loi sur les marchés publics de l'ex-République yougoslave de Macédoine, mars 2004, consultable à l'adresse http://www.sigmaweb.org/PDF/Laws_PUP/FYROM_PPL_Mar_2004.pdf.

[41] Le régime de passation norvégien est conforme à celui de l'Espace économique européen. Il est soumis à deux séries de règlements pris en application de la loi n° 69 du 16 juillet 1999 (telle que modifiée). Voir l'adresse http://www.dep.no/odin/english/norway/foreign/032091-991532/dok-bn.html. Cependant, l'Autorité de surveillance AELE a noté en 2003 que la Norvège avait autorisé la conclusion de certains accords-cadres ne respectant pas les directives européennes alors en vigueur (voir http://www.eftasurv.int/information/annualreports/dbaFile4066.pdf).

[42] En application de l'article 30 d) du chapitre VI de la *Ley de compras 19.886*.

[43] Voir la loi sur les marchés publics n° 26850 du 9 juillet 1997, et son règlement d'application, notamment les articles 88 à 96.

[44] Voir l'article 47 de la loi sur les travaux publics et les services liés à ces travaux (*Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*).

32. Au Brésil, les règles sur les accords-cadres[45] ne contiennent que quelques dispositions sur les accords à fournisseurs multiples, montrant une préférence pour ceux conclus avec un seul fournisseur dans le cas d'achats répétitifs. En général, les accords à fournisseurs multiples ne sont utilisés que si un besoin ne peut être satisfait par un fournisseur unique, auquel cas on exige généralement des autres qu'ils alignent leur prix sur celui du fournisseur retenu[46]. Il ne peut être dérogé à cette exigence que dans des cas exceptionnels. Par ailleurs, la durée d'un accord-cadre est limitée à un an pour les biens et normalement à un an, avec possibilité de prolongation d'un an au maximum, pour les services[47].

F. Amérique du Nord

33. Aux États-Unis, les accords-cadres sont généralement désignés par les termes "task order contract" (marché de services à bons de commande), "delivery order contract" (marché de fournitures à bons de commande) ou "multiple-award IDIQ contract" (contrats à prestations et quantités indéterminées à fournisseurs multiples). Ils sont autorisés par deux textes législatifs sur la passation des marchés. la Loi de 1994 sur la simplification des procédures de passation des marchés fédéraux (Federal Acquisition streamlining Act ou FASA) et le Règlement sur les marchés fédéraux (Federal Acquisition Regulation ou FAR). Ce dernier exige que tout marché de fournitures ou de services à bons de commande spécifie la durée du contrat, la quantité maximale de biens ou services à acquérir et les modalités de la prestation requise[48].

34. La plupart des contrats à prestations et quantités indéterminées sont gérés par le Federal Supply Service (FSS) de la General Services Administration (GSA) sous la forme de marchés-cadres à fournisseurs multiples (Multiple Award Schedules contracts ou MAS), pour lesquels le FAR prévoit des conditions minimales de concurrence (mais qui ne sont pas régis par la FASA de 1994)[49].

35. Par ailleurs aux États-Unis toujours, les entités adjudicatrices peuvent utiliser les marchés à fournisseurs multiples en lieu et place des procédures classiques d'attribution de marchés avec mise en concurrence[50]. Un fournisseur intéressé peut

---

[45] Loi n° 8666 du 21 juin 1993, section V, et décret n° 3.931 du 19 septembre 2001.

[46] Décret n° 3.931 du 19 septembre 2001.

[47] Article 57 de la loi n° 8666 du 21 juin 1993 et article 2.4 du décret n° 3.931 du 19 septembre 2001.

[48] Article 16.504 du FAR consultable à l'adresse www.arnet.gov/far.

[49] La GSA attribue trois types de marchés: le marché à fournisseur unique (Single Award Schedule ou SAS), le marché à fournisseurs multiples (Multiple Award Schedule ou MAS) et le marché de maintenance et de réparation (Maintenance and Repair Schedule). Dans le premier cas, il n'y a qu'un fournisseur, les articles sont fabriqués selon les spécifications de l'armée fédérale ou sont des articles commerciaux, les achats sont destinés à une région géographique précise et sont attribués à l'issue d'une soumission d'offres sous pli fermé. Dans le deuxième cas, il y a plusieurs fournisseurs, sans aucune garantie de vente, les fournisseurs détiennent un contrat à prestations et quantités indéterminées et des réductions sont demandées par rapport à des listes de prix commerciaux.

[50] Article 8.404 du FAR, en vertu duquel les commandes émises dans le cadre d'un marché à fournisseurs multiples selon les procédures prévues sont considérées comme émises dans des conditions de concurrence pleine et ouverte.

à tout moment soumettre une offre pour être inscrit sur la liste des fournisseurs bénéficiant de ce type de marché[51, 52]. Pour les autres contrats à prestations et quantités indéterminées proposés, les offres ne peuvent être soumises que pendant une période limitée.

G. Systèmes présentant des caractéristiques comparables aux accords-cadres

36. L'Australie ne prévoit pas dans sa législation le recours aux accords-cadres, mais dispose d'un système analogue, les "panel arrangements" (arrangements avec un "répertoire" de fournisseurs). Dans ce type d'arrangements, une entité adjudicatrice peut conclure des actes d'offre à commandes ("deeds of standing offer") avec plusieurs fournisseurs pour la fourniture de biens ou de services déterminés. Les fournisseurs sont sélectionnés par des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint et l'arrangement doit fixer les exigences minimales requises pour le marché, notamment un prix ou tarif indicatif ou fixe. La conclusion d'arrangements de ce type n'est pas régie par des dispositions spécifiques mais est soumise aux prescriptions normales quant à la procédure et au fond (respect de l'éthique, transparence et non-discrimination). L'entité adjudicatrice n'est pas obligée d'accepter une offre à commandes, qui peut être retirée à tout moment tant qu'elle n'est pas acceptée.

37. Les détails des actes d'offre à commandes ou des contrats peuvent varier selon les membres du répertoire. L'entité adjudicatrice qui effectue des achats dans le cadre d'un tel arrangement doit évaluer le rapport qualité-prix de toutes les offres à commandes concurrentes. Elle peut remettre en concurrence les membres du même répertoire lorsque, ce faisant, elle obtiendrait un meilleur rapport qualité-prix mais uniquement si l'invitation initiale lancée aux fournisseurs potentiels précisait que le répertoire pouvait être utilisé de la sorte[53].

38. Le Canada a également recours à un système non contraignant analogue, à savoir les arrangements en matière d'approvisionnement (méthode

---

[51] Les sollicitations d'offres pour les marchés à fournisseurs multiples, qui sont très similaires d'une catégorie de produits à l'autre, sont accessibles sur la base de données en ligne de la GSA à l'adresse www.gsaelibrary.gsa.gov. En général, la GSA accepte tout fournisseur proposant des prix raisonnables.

[52] La fixation des prix dans le cadre des marchés à fournisseurs multiples se fait sur la base des prix commerciaux du fournisseur; conformément à une clause du client le plus favorisé, le fournisseur s'engage à diminuer ses prix pour le marché concerné s'il les baisse pour une catégorie de clients commerciaux qu'il accepte de considérer d'un commun accord avec la GSA comme sa catégorie de référence. Voir la clause sur les réductions de prix GSAAR 552.238-75, 48 C.F.R. § 552.238-75 (septembre 1999); U.S. General Services Administration, Office of Inspector General, "Special Report – MAS Pricing Practices: Is FSS Observing Regulatory Provisions Regarding Pricing?" (24 octobre 2001) (consultable à l'adresse http://www.gsa.gov/gsa/cm_attachments/GSA_DOCUMENT/masrpt_R2E-c7B_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf.

[53] Articles 8.67 et 8.68 des Directives du Commonwealth relatives aux marchés publics (Commonwealth Procurement Guidelines ou CPG) édictées conformément à l'article 7 du Règlement de 1997 sur la gestion et la responsabilité financières (Financial Management and Accountability Regulations).

d'approvisionnement permettant aux entités adjudicatrices de demander des soumissions à un groupe de fournisseurs présélectionnés)[54] et les offres à commandes (offre faite par un fournisseur ou un prestataire de services pour la fourniture de certains biens et/ou la prestation de certains services, à des prix ou selon une base de tarification préétablis, d'après des modalités définies, qui peut être acceptée pendant une durée précise)[55]. Ces arrangements sont régis par Travaux publics et services gouvernementaux Canada (TPSGC)[56], conformément à deux instruments principaux, le Guide des approvisionnements, qui énonce des principes[57], et le Guide des clauses et conditions uniformisées d'achat (CCUA)[58]. Toutefois, ni les arrangements en matière d'approvisionnement ni les offres à commandes ne sont considérés comme un équivalent direct des accords-cadres européens (ils se rapprochent peut-être davantage à certains égards des listes de fournisseurs, car on établit une liste de fournisseurs qualifiés sans définir complètement la portée des travaux ni les conditions, et la deuxième phase du processus de passation se déroule conformément aux règles régissant l'appel d'offres sélectif)[59]. Concrètement, il peut y avoir diverses formes d'offres à commandes et d'arrangements en matière d'approvisionnement.

39. En Inde[60], la Central Purchase Organisation (CPO) peut conclure des "marchés à prix unitaires" ("rate contracts") avec des fournisseurs inscrits pour des biens et des articles de type standard (articles d'usage courant, dont divers ministères du Gouvernement central ont besoin de manière récurrente). Elle publie

---

[54] Un "accord permanent" ("standing agreement") a été défini comme un contrat qui comporte à la fois une offre d'un entrepreneur potentiel et l'acceptation de cette offre par les pouvoirs publics pour la conclusion d'un contrat futur conformément aux conditions prescrites dans l'accord. Ce type d'accord oblige les pouvoirs publics à recourir aux services négociés pendant la période spécifiée. Gouvernement de la Colombie britannique (Canada), Ministère des finances, Bureau du Contrôleur général, Core Policy and Procedures Manual Glossary, consultable à l'adresse suivante http://www.fin.gov.bc.ca/ocg/fmb/manuals/CPM/Glossary.htm.

[55] Les administrations canadiennes peuvent recourir à une offre à commandes lorsqu'elles font appel directement à un fournisseur au dossier pour acheter des biens et des services. "Le recours à des fournisseurs au dossier est un procédé d'approvisionnement qui consiste à solliciter des offres ou des propositions d'un groupe restreint de fournisseurs avec lesquels la municipalité ou le conseil local entretient déjà une relation d'affaires satisfaisante." Le but est de "pouvoir compter en cas de besoin sur un fournisseur qualifié, fiable, dont les biens ou les services sont d'un bon rapport qualité-prix, sans avoir à assumer les coûts administratifs liés à l'obtention de plusieurs offres". Gouvernement de l'Ontario (Canada), Ministère des affaires municipales et du logement, Guide sur l'élaboration de règlements municipaux en matière d'approvisionnement, conformes aux exigences de la loi de 2001 sur les municipalités, page 28 (juillet 2003), consultable à l'adresse http://www.mah.gov.on.ca/userfiles/HTML/nts_1_11342_2.html.

[56] Voir TPSGC, Guide des approvisionnements, section 9J, en particulier 9J1, consultable à l'adresse http://www.pwgsc.gc.ca/acquisitions/text/sm/sm-f.html.

[57] Voir http://www.pwgsc.gc.ca/acquisitions/text/sm/sm-f.html.

[58] Voir http://sacc.tpsgc.gc.ca/sacc/index-f.jsp.

[59] On trouvera de plus amples informations concernant les offres à commandes et les arrangements en matière d'approvisionnement au chapitre 5 du Guide des approvisionnements (section 5.153 et suivantes).

[60] Pour de plus amples informations concernant notamment la dématérialisation des procédures pour automatiser le processus d'appel d'offres et de passation de "marchés à prix unitaires", voir le site Web de la Directorate General of Supplies and Disposals (DGS&D) (www.dgsnd.gov.in).

et actualise sur son site Web toutes les informations pertinentes. Les fournisseurs doivent régulièrement demander le renouvellement de leur inscription. De nombreux fournisseurs peuvent se faire inscrire à tout moment pour autant qu'ils remplissent les conditions requises. Les performances de tous les fournisseurs sont contrôlées et une liste noire peut être établie.

IV. Conditions générales d'utilisation des accords-cadres

A. Portée des accords-cadres

40. Une entité adjudicatrice peut être obligée ou non de passer des commandes dans le cadre de l'accord[61, 62]. Une fiche explicative de la Commission européenne sur le fonctionnement des accords-cadres prévus par la directive 2004/18/CE indique que c'est le droit national qui détermine si l'entité adjudicatrice est obligée ou non de passer des commandes et si le fournisseur est obligé de les honorer[63]. Lorsque, aux termes de l'accord, l'entité adjudicatrice n'est pas obligée d'effectuer des achats dans le cadre de l'accord, elle peut le faire en dehors si des conditions plus favorables sont proposées ailleurs[64]. Il se peut alors que l'entité ait à payer une avance sur honoraires en échange de la disponibilité du fournisseur, ou s'il y a incertitude quant à la probabilité ou au volume des commandes prévues[65]. Il faudra toutefois établir un équilibre, dans chaque cas, entre différents objectifs, à savoir garantir la sécurité d'approvisionnement, bénéficier de remises de prix pour des commandes fermes ou prévues et garder la possibilité d'effectuer des achats ailleurs.

41. De nombreux systèmes exigent que les accords-cadres fixent des quantités et des valeurs d'achat minimales et maximales, et, dans cette mesure, les accords-cadres sont contraignants pour l'entité adjudicatrice. C'est le cas du Burkina Faso,

---

[61] L'accord sera un contrat contraignant dans la plupart des systèmes pour autant que chaque partie contracte certaines obligations en vertu de cet accord. En France, par exemple, l'accord-cadre est un contrat liant les deux parties, car les deux types d'accord-cadre prévus par le Code impliquent une obligation impérative d'achat minimum de la part de l'entité adjudicatrice. Si l'accord n'impose pas d'obligation d'achat minimum à l'entité adjudicatrice, des mesures juridiques peuvent être prises dans certains systèmes pour le rendre néanmoins contraignant, comme un "acte" ("deed") dans le droit anglais, ou il peut être laissé tel quel.

[62] Il est peu probable qu'un accord-cadre n'obligeant pas un fournisseur à honorer les commandes passées présente un intérêt pour l'entité adjudicatrice et donc qu'il en existe dans la pratique. Les arrangements non contraignants ne garantissent pas la sécurité d'approvisionnement, si bien qu'il est important de disposer d'autres sources d'approvisionnement, et ne sont pas indiqués pour les produits essentiels. La nature incertaine de l'arrangement ne permettra probablement pas non plus de maximiser les économies de coûts et de temps qu'il est possible de réaliser dans le cadre d'un accord contraignant. Toutefois, les entités adjudicatrices pourraient réaliser des économies en concluant ce type d'arrangement, s'il existe des perspectives réalistes de faire des affaires, même en l'absence d'obligations juridiques strictes.

[63] Commission européenne, Direction générale Marché intérieur et services, Politique des marchés publics, CC/2005/03_rev 1 du 14.7.2005, page 3.

[64] L'actuel Code français des marchés publics (articles 70 et 71) est un exemple de système où les achats en dehors de l'accord-cadre ne sont pas autorisés.

[65] Les avances sur honoraires sont plus fréquentes dans le cas des accords-cadres à fournisseur unique ou des contrats de services avec des professions libérales.

du Mexique et du Sénégal. Aux États-Unis, le FAR exige que tous les marchés de fournitures et de services à bons de commande spécifient la durée du contrat et la quantité maximale de biens ou services à acquérir et, bien que l'accord doive également stipuler une valeur monétaire minimale d'achat, ce montant est généralement faible et peu significatif.

42. Les dispositions de la Loi type définissent "l'offre à retenir" (article 34-4 b)) et précisent que cette offre "est acceptée" (article 36-1). Étant donné que l'article 27 d) exige en outre que le dossier de sollicitation indique la quantité de biens requis[66], le Groupe de travail pourrait considérer que la Loi type n'autoriserait pas un accord-cadre non contraignant[67].

B. Restrictions concernant les types d'articles à acquérir

43. Les restrictions concernant les types de biens ou de services pouvant être acquis dans un accord-cadre existent rarement dans la pratique. Il est plus fréquent que les dispositions énoncent les circonstances dans lesquelles il est approprié de recourir à des accords-cadres pour les passations de marchés. En France, par exemple, les dispositions précisent les circonstances dans lesquelles on peut avoir recours aux accords-cadres, qu'ils soient conclus avec un seul ou plusieurs fournisseurs, à savoir essentiellement lorsque le rythme ou l'étendue des besoins ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché[68]. Aux États-Unis, les contrats à prestations et quantités indéterminées peuvent être utilisés pour acquérir tout type de biens et de services. Ils sont toutefois utilisés dans la plupart des cas pour les articles commerciaux[69].

44. Les Directives de la Banque mondiale relatives aux consultants limitent l'utilisation des accords-cadres aux services de consultants à fournisseur unique, comme suit:

"Marchés à prestations indéterminées. Ce type de marché est utilisé lorsqu'un Emprunteur a besoin de services spécialisés "à la demande" pour obtenir des conseils dans un domaine particulier, l'ampleur et le calendrier de réalisation de ces services ne pouvant être définis à l'avance. On y fait communément appel pour s'attacher les services de "conseillers" en vue de l'exécution de projets complexes: panel d'experts pour la construction d'un barrage, panel de médiateurs spécialisés pour la résolution de différends, experts pour des réformes institutionnelles, experts

---

66 Des dispositions équivalentes sont prévues pour les procédures d'appels d'offres restreints et la passation des marchés de services.

67 Certains commentateurs estiment que la quantité pourrait toutefois être interprétée comme étant une estimation.

68 Voir supra, note 32.

69 Le terme "article commercial" ("commercial item") est défini de manière large dans le FAR (FAR 2.101, 48 C.F.R § 2.101) et comprend les biens et les services généralement disponibles dans le commerce, ainsi que les articles apparentés à ceux qui sont largement disponibles. Si la réglementation des "articles commerciaux" est simplifiée (voir FAR, partie 12, 48 C.F.R, partie 12), le législateur américain a récemment proposé de réduire encore davantage les exigences légales pour les articles commerciaux largement et immédiatement disponibles, appelés "articles commerciaux standard" ("commercial off-the-shelf items"), comprenant à la fois des fournitures et des services. 69 Fed.Reg. 2447 (15 janvier 2004).

en matière de passation des marchés, experts pour résoudre des problèmes techniques; en principe, ces marchés portent sur des périodes d'au moins un an. En pareil cas, l'Emprunteur et le Consultant se mettent d'accord sur les taux unitaires de rémunération des experts, et les paiements sont effectués sur la base du temps de travail réel de ces derniers[70]."

45. Excepté dans ce cas précis, les Directives n'abordent pas expressément la question des accords-cadres. Des dispositions similaires existent en Mongolie[71] et en Thaïlande.

C. Durée des accords-cadres

46. Dans de nombreux systèmes examinés, des dispositions fixent une durée maximale pour les accords-cadres, le plus souvent un an, ou entre trois et cinq ans. Au Malawi, par exemple, la durée d'un accord-cadre est normalement limitée à un an et à cinq ans maximum moyennant justification[72]. Au Burkina Faso, l'accord-cadre doit être limité par référence aux cycles budgétaires et ne peut en aucun cas dépasser trois ans[73]. Au Sénégal, les accords-cadres sont conclus pour une période initiale d'un an, mais ils peuvent être reconduits pour une durée totale de trois ans maximum[74]. On trouve des dispositions semblables au Maroc[75], en Algérie[76] et en Tunisie[77].

47. La directive 2004/18/CE de l'UE prévoit, à l'article 32-2 que "la durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre". En France, aux termes de l'article 71.I du Code des marchés publics, la durée ne peut excéder quatre ans sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés[78] et, en Arménie, elle est limitée à trois ans[79].

48. Aux États-Unis, par contre, la durée des contrats à prestations et quantités indéterminées n'est pas limitée.

---

70 "Directives: Sélection et Emploi de Consultants par les Emprunteurs de la Banque mondiale" mai 2004, paragraphe 4.5, consultables à l'adresse http://siteresources.worldbank.org/ INTPROCUREMENT/Resources/ConGuid-05-4-fu1.doc.

71 Voir la loi mongole sur la passation des marchés publics, 14 avril 2000, Oulan-Bator, consultable à l'adresse http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/ monlaw_2000.doc.

72 Loi sur la passation des marchés publics n° 8 de 2003.

73 Article 9 du décret n° 2003-369/PRES/PM/MFB.

74 Articles 26 et 27 du Code des marchés publics, note 21, supra.

75 Décret n° 2-98-482, article 5, note 24, supra.

76 Décret présidentiel n° 02-250 du 13 Joumada El Oula 1423 correspondant au 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics, note 22, supra.

77 Article 8 du décret n° 2002-3158, note 25, supra.

78 Il n'est toutefois pas exclu qu'une commande passée sous l'accord-cadre puisse excéder la durée maximale de quatre ans de l'accord-cadre même.

79 En Arménie, la durée est limitée au 1er juillet de l'année suivant celle où le marché a été conclu, ou à trois ans maximum.

D. Seuils financiers et autres critères déterminant l'application des règles et réglementations relatives à la passation de marchés

49. Les seuils financiers peuvent déterminer si certaines règles et réglementations relatives à la passation des marchés s'appliquent ou non[80]. Dans le contexte des accords-cadres, la question de savoir si les achats séparés s'ajoutent ou se cumulent aux fins des seuils établis devient importante à cet égard.

50. Par exemple, certains systèmes ont des règles qui exigent le cumul de tous les achats effectués par une entité pendant une période donnée dans le même cadre, même s'ils ont fait l'objet de marchés différents, et qui interdisent aux entités de fractionner les achats pour éviter les seuils financiers. Ainsi, l'article 9-9 de la directive 2004/18/CE de l'UE dispose que la valeur estimée à prendre en considération pour évaluer si l'accord-cadre est supérieur aux seuils est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre.

51. Si les seuils financiers pour les procédures formelles de mise en concurrence dépendent simplement de la valeur de chaque marché et s'il n'y a pas de règles spéciales régissant les accords-cadres, les marchés passés sur la base de tels accords peuvent sortir du champ d'application du régime de passation. Ainsi, il est possible qu'un accord-cadre non contraignant ne nécessite pas de procédure de passation de marché ou de contrat et que chaque commande soit inférieure aux seuils (lorsque chaque commande passée en vertu de l'accord-cadre est le seul contrat d'achat)[81].

E. Exigences en matière de publicité et de publication

52. Les exigences en matière de publicité et de publication dans certains régimes de passation de marchés ne s'appliquent pas aux accords-cadres, ni parfois à certaines parties des procédures d'attribution. Ainsi, l'article 14 de la Loi type relatif à la publication des avis d'attribution de marché autorise l'État adoptant à fixer un seuil minimum au-dessous duquel la publication d'un avis n'est pas exigée.

53. Par exemple, si la première phase du processus de sélection des bénéficiaires d'un accord-cadre fait l'objet d'une publicité et d'une procédure d'attribution conformes aux dispositions de la directive 2004/18/CE de l'UE, il n'est pas nécessaire de publier un autre avis pour chaque commande ("call-offs") fondée sur l'accord.

---

[80] Par exemple, le seuil dans l'UE pour appliquer les directives relatives à la passation des marchés est généralement de 249 000 euros (499 000 euros pour la plupart des marchés de fournitures et de services et 624 000 euros pour les marchés de travaux) (article 16 de la directive 2004/17/CE et article 7 de la directive 2004/18/CE).

[81] Par exemple, la procédure d'appel d'offres prévue par la Loi type n'envisage pas non plus d'arrangements dans lesquels la conclusion d'un marché liant les parties intervient uniquement lorsque des commandes sont passées. En particulier, l'article 36-4 dispose qu'un "marché" naît lorsqu'une offre est acceptée.

54. Aux États-Unis, il n'est pas nécessaire de publier les besoins ni les commandes passées dans des accords-cadres. Une liste d'accords-cadres interinstitutions doit être publiée, mais n'est pas disponible pour le moment[82].

55. Dans l'Accord sur les marchés publics (AMP), l'exigence générale pour les entités de faire paraître un avis après l'adjudication de chaque marché pourrait en théorie obliger les acheteurs à publier un avis pour chaque commande passée sous un accord-cadre[83]. Toutefois, l'OMC a estimé que les marchés attribués lors de la deuxième phase ne sont pas soumis aux exigences de publicité de l'AMP[84].

56. Des commentateurs ont fait observer que la publication d'avis de commandes passées ou de marchés attribués est importante dans le contexte des accords-cadres, car elle permet de contrôler, dans une certaine mesure, si les accords conclus avec un fournisseur unique sont exécutés dans le respect des règles et de quelle façon les commandes sont passées au cours de la deuxième phase d'attribution pour les accords conclus avec des fournisseurs multiples. Il a été observé que le fait de totaliser les montants des marchés passés sous un accord-cadre à des fins de publicité peut garantir plus de transparence qu'il n'y en aurait autrement dans le cas des petits achats, car l'accord lui-même doit être publié, même si chaque commande passée n'a pas besoin de l'être[85].

F. Recours

57. Dans de nombreux systèmes, la deuxième phase du processus d'attribution n'est pas soumise à un mécanisme de recours, comme celui qui est envisagé au chapitre VI de la Loi type.

58. L'OMC a également estimé que les marchés attribués lors de la deuxième phase ne sont pas visés par les procédures de contestation de l'AMP[86]. De même, la Directive 2004/18/CE de l'UE prévoit que, une fois l'accord-cadre en place, les commandes passées dans le cadre de celui-ci ne sont pas soumises aux mécanismes de recours. Des observateurs ont donc indiqué qu'il pourrait se présenter des risques quant à une véritable concurrence au cours de la deuxième phase.

---

[82] Voir FAR, article 5.6. Toutefois, le site Web (http://www.contractdirectory.gov) qui devrait contenir la liste des accords-cadres interinstitutions en question affiche le message suivant: "Interagency Contract Directory functionality temporarily suspended" (la fonction "répertoire des contrats interinstitutions" est provisoirement suspendue).

[83] AMP, article XVIII.1.

[84] Organisation mondiale du commerce, Comité des marchés publics, "Examen des législations nationales d'application: États-Unis", Sec. V (GPA/50 (01-2999) (15 juin 2001)), consultable à l'adresse http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/PLURI/GPA/50.doc.

[85] L'ampleur d'un accord-cadre peut aussi justifier les dépenses de publicité qui autrement seraient prohibitives pour les petits achats.

[86] Organisation mondiale du commerce, Comité des marchés publics, "Examen des législations nationales d'application: États-Unis", Sec. V (GPA/50 (01-2999) (15 juin 2001)), consultable à l'adresse http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/PLURI/GPA/50.doc.

59. Aux États-Unis, le Government Accountability Office (GAO) est chargé des recours au niveau fédéral (appelés “bid protests” ou contestations de la procédure ou du résultat d’adjudication). Dans la plupart des cas, les fournisseurs ne peuvent pas introduire de recours pour des commandes passées sous un accord-cadre car le recours porte sur l’accord même[87].

[87] Avec des exceptions limitées.

A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – l'utilisation des accords-cadres dans la passation des marchés publics

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

[Les chapitres Ier à IV sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.44]

		Paragraphes
V.	Fonctionnement des accords-cadres	1-46
A.	Procédure de conclusion d'accords-cadres	1-7
B.	Accords à fournisseur unique	8-14
1.	Première phase du processus d'attribution	8-9
2.	Deuxième phase du processus d'attribution	10-11
3.	Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseur unique	12-14
C.	Accords à fournisseurs multiples	15-43
1.	Introduction	15-16
2.	Première phase du processus d'attribution	17-20
3.	Deuxième phase du processus d'attribution	21-35
a)	Remarques générales	21
b)	Attribution de commandes sans remise en concurrence dans la deuxième phase	22-24
c)	Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes n'autorisant pas la révision permanente des offres ni la modification du cahier des charges	25-30
d)	Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes autorisant la révision permanente des offres et la modification du cahier des charges	31-35
4.	Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseurs multiples	36-43
D.	Accords-cadres gérés par des centrales d'achat	44-46

VI. Dispositions sur les accords-cadres dans la Loi type 47-63

A. Types d'accords-cadres que la Loi type pourrait prévoir 51-52

B. Conditions générales d'utilisation 53

C. Première phase du processus d'attribution 54

D. Deuxième phase du processus d'attribution 55-63

1. Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples sans remise en concurrence dans la deuxième phase 55

2. Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples avec remise en concurrence dans la deuxième phase 56-63

V. Fonctionnement des accords-cadres

A. Procédure de conclusion d'accords-cadres

1. Les questions découlant des conditions d'utilisation des accords-cadres sont examinées plus avant ci-après. Des recherches indiquent toutefois que ces sujets sont souvent traités par des règlements ou d'autres législations spécifiques qui, dans de nombreux cas, ne sont pas accessibles au public. Cette étude porte donc sur les systèmes dont l'essentiel des dispositions et des commentaires sont publics.

2. Si un accord-cadre est conclu en vertu de la législation générale sur les marchés publics, le mode de sélection des fournisseurs admis à y participer est déterminé selon les règles normales régissant l'attribution de marchés. Un système de passation peut aussi prévoir le recours aux accords-cadres en tant que méthode de passation distincte comme c'est le cas, par exemple, aux États-Unis d'Amérique[1].

3. Il est toutefois probable que les types d'achats répétitifs faisant couramment l'objet d'accords-cadres exigent le recours à une méthode de passation ouverte et concurrentielle (à savoir, dans le cadre de la Loi type, à une procédure d'appel d'offres ou à la principale méthode de passation de marchés de services). Les conditions de la procédure d'appel d'offres restreint pourraient parfois être applicables, mais celles des autres méthodes de passation prévues par la Loi type (l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions, la négociation avec appel à la concurrence, ou leurs équivalents respectifs sous d'autres régimes) sont moins susceptibles de l'être car elles sont conçues pour des situations où l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de fixer un cahier des charges avec le degré de précision ou le caractère définitif nécessaires à une procédure d'appel d'offres.

4. Une fois la procédure de passation achevée, l'entité adjudicatrice conclut un accord-cadre avec un ou plusieurs fournisseurs. Cet accord peut prendre la forme d'un marché divisé en lots. L'entité adjudicatrice peut conclure soit un contrat

[1] En vertu du Federal Acquisition Regulation (FAR) (Règlement sur les marchés fédéraux), sous-partie 8.4, consultable à l'adresse www.arnet.gov/far.

unique avec tous les fournisseurs soit un accord distinct avec chacun d'entre eux (auquel cas les conditions, telles que le prix, peuvent être différentes selon le fournisseur).

5. Bien que la plupart des systèmes prévoient une mise en concurrence pour l'admission à un accord-cadre, l'étendue de cette concurrence (au sens quantitatif) varie d'un système à l'autre.

6. De même, dans la phase ultérieure où les commandes sont passées, on peut aller de l'absence de concurrence à l'équivalent d'une procédure d'appel d'offres. Les accords-cadres relèvent de deux grandes catégories: celle où la sélection des fournisseurs est concurrentielle dans la première phase d'attribution mais pas dans la deuxième, et celle où la sélection comporte un certain degré de concurrence dans les deux phases.

7. Les divers régimes existants se distinguent aussi par la mesure dans laquelle elles autorisent: a) la modification des termes, des conditions et du cahier des charges fixés dans l'invitation à soumettre une offre, et b) l'admission d'autres fournisseurs à l'accord-cadre pendant sa durée de validité.

B. Accords à fournisseur unique

1. Première phase du processus d'attribution

8. Sous sa forme la plus simple, l'accord-cadre est conclu avec un seul fournisseur à la suite d'une procédure d'appel d'offres, après quoi des commandes sont passées conformément à ses termes et conditions. Il ressemble donc à un marché normal, excepté dans la mesure où il y aura un laps de temps entre l'attribution de l'accord-cadre lui-même et la commande des biens, des travaux et des services fondés sur celui-ci. La définition de ce type d'accord est proche de celle du "contrat à prestations et à quantités indéterminées".

9. La sélection du fournisseur se fait donc selon les critères normaux de la procédure de passation pertinente. Cette exigence est prévue dans de nombreux pays d'Afrique, d'Asie et des Amériques mentionnés dans la section III du document A/CN.9/WG.I/WP.44 ainsi que par la directive européenne 2004/18/CE qui dispose au paragraphe 2 de l'article 32 que, dans la première phase du processus d'attribution de marchés fondés sur un accord-cadre, le choix des parties se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 53.

2. Deuxième phase du processus d'attribution

10. L'article 32 de la directive dispose ensuite au paragraphe 3 que, dans la deuxième phase, l'attribution devrait se faire "dans les limites des termes fixés dans l'accord-cadre", sans remise en concurrence, mais que l'entité adjudicatrice "peut consulter par écrit" le fournisseur, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre, durant cette deuxième phase. Cette disposition vise à permettre que des conditions plus précises soient fixées pour un marché donné – par exemple la date limite d'exécution d'un projet de consultation ou la méthodologie à suivre[2]. Ce type

[2] Une disposition équivalente est également prévue à l'article 71 du Code français des marchés

de contrat peut englober les accords-cadres qui prévoient que la révision des prix des offres se fasse selon un mécanisme ou une formule préétablis, par exemple en fonction du taux d'inflation ou d'une autre référence externe, mais ne soit pas laissée à la discrétion du fournisseur.

11. La directive ajoute expressément que, notamment pour ce type d'accord, "[l]ors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre". Toute modification doit donc être fondée sur le cahier des charges initial (qui, dans les exemples ci-dessus, pourrait exiger que la tâche soit exécutée dans un délai raisonnable ou que l'entité adjudicatrice approuve la méthodologie proposée par le fournisseur)[3]. Dans d'autres systèmes (dont celui du Burkina Faso, par exemple), pour des commandes fondées sur un accord-cadre, le cahier des charges peut être affiné en cas de besoin.

3. Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseur unique

12. En ce qui concerne les accords à fournisseur unique, on s'est notamment inquiété de ce qu'ils aient un effet potentiellement anticoncurrentiel, les marchés concernés étant exclus de toute autre concurrence pendant la durée du contrat, et de ce que la sécurité de l'approvisionnement ne soit pas assurée.

13. Par ailleurs, la flexibilité accordée pour la modification du cahier des charges dans la deuxième phase du processus d'attribution pourrait aussi présenter un risque d'abus.

14. Ces questions, qui se posent aussi dans le contexte des accords à fournisseurs multiples, sont examinées aux paragraphes 36 à 43 ci-dessous.

C. Accords à fournisseurs multiples

1. Introduction

15. Les accords à fournisseurs multiples peuvent être fermés (lorsque aucun nouveau fournisseur ne peut y être admis après la première phase du processus d'attribution, comme le prévoit l'Union européenne) ou ouverts (lorsque de nouveaux fournisseurs peuvent être admis après la première phase du processus d'attribution, comme le prévoient les États-Unis d'Amérique). Dans le cas des accords-cadres fermés, la deuxième phase peut ou non comporter une mise en concurrence.

16. La première invitation à soumettre une offre dans le cadre de ces accords peut comprendre une sollicitation de propositions concrètes pour des commandes prévues, dont il sera tenu compte dans l'évaluation des offres ou des réponses concernées.

---

publics.

[3] Dans des procédures sans accords-cadres, le besoin ne se fait généralement pas sentir de compléter ainsi des offres entre les phases de sélection de l'adjudicataire et de conclusion du contrat.

2. Première phase du processus d'attribution

17. Les régimes de passation qui prévoient des dispositions sur les accords-cadres à fournisseurs multiples varient considérablement sur la question de la sélection des fournisseurs dans la première phase du processus d'attribution, principalement sur le point de savoir si tous les fournisseurs qualifiés ou seulement certains d'entre eux doivent ou peuvent être admis à l'accord-cadre.

18. Dans l'UE, par exemple, aux termes du paragraphe 2 de l'article 32 de la directive 2004/18/CE, les entités adjudicatrices "suivent les règles de procédure visées par la présente directive dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 53."

19. Il s'ensuit que l'entité adjudicatrice ne peut admettre tous les fournisseurs qualifiés à l'accord-cadre, quel que soit leur nombre, mais doit faire un choix fondé sur les critères d'attribution. Le paragraphe 4 de l'article 32 dispose ensuite qu'au moins trois fournisseurs doivent être admis à l'accord-cadre dans la mesure où il y a un nombre suffisant de fournisseurs satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'"offres recevables répondant aux critères d'attribution". Des dispositions semblables sont également prévues dans d'autres systèmes (comme au Malawi). Ce type d'accord-cadre est fermé dès sa conclusion.

20. Aux États-Unis d'Amérique, en revanche, les textes législatifs privilégient les accords-cadres à fournisseurs multiples attribués à la suite d'une mise en concurrence conforme au Règlement sur les marchés fédéraux (FAR) ou au système général de passation des marchés fédéraux. Les offres sont évaluées en fonction du prix, de la qualité et de la qualification des soumissionnaires au moment de l'attribution de l'accord-cadre, mais le régime législatif cherche à accroître au maximum la concurrence pour chaque commande de services ou de fournitures (appelée "task order" et "delivery order") fondée sur un "contrat à prestations et à quantités indéterminées"[4].

3. Deuxième phase du processus d'attribution

a) Remarques générales

21. Il est courant dans le cas d'accords-cadres plus complexes comportant plusieurs éléments ou plusieurs variables que l'identité du fournisseur qui proposera le prix le plus bas ou l'offre la plus basse selon l'évaluation lors d'une commande ne soit pas connue au moment de la conclusion de l'accord-cadre. Par exemple, lorsque l'accord-cadre porte sur plusieurs produits (comme une série de produits informatiques), tous les fournisseurs ne sont pas en mesure d'offrir tous les produits, et le meilleur prix pour chaque produit peut être proposé par un fournisseur différent. En outre, pour les prestations de dernière minute, comme les services de voyage, la rapidité de la fourniture peut être capitale. Pour des raisons pratiques, il peut également être souhaitable de permettre aux fournisseurs de modifier leurs prix ou d'autres conditions de leurs offres et à l'entité adjudicatrice d'affiner le cahier

---

[4] 41 U.S.C (Code des États-Unis) § 253h; FAR 16.504 c), 48 C.F.R. (Recueil des règlements fédéraux) § 16.504 (c); WinStar Communications, Inc. c. United States, 41 Fed. Cl. 748, 750-751 (1998).

des charges pour fournir des précisions (telle que la date d'exécution d'un projet de consultation) qui étaient inconnues au moment de la conclusion de l'accord-cadre ou de tenir compte de l'évolution des besoins. En pareil cas, il y a une nouvelle évaluation des éléments des offres ou une remise en concurrence dans la deuxième phase pour identifier le meilleur fournisseur au moment de la commande.

b) Attribution de commandes sans remise en concurrence dans la deuxième phase

22. La directive européenne 2004/18/CE prévoit au paragraphe 4 de l'article 32 deux procédures d'attribution de marchés fondés sur un accord à fournisseurs multiples. Dans le premier cas, l'attribution se fait "par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence"[5]. (Le deuxième cas, qui appelle une remise en concurrence dans la deuxième phase, est traité dans la section suivante.) Comme pour l'accord à fournisseur unique décrit plus haut, l'entité adjudicatrice peut permettre au fournisseur de compléter son offre par écrit.

23. Aux États-Unis d'Amérique, dans le système des marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS), la sélection des fournisseurs parmi ceux qui ont été admis à un accord-cadre se fait soit par des approches concurrentielles (décrites aux paragraphes 29 et 30 ci-dessous) soit par l'une de deux principales approches non concurrentielles concernant des achats inférieurs à un certain seuil[6]:

a) Pour les très petits achats – d'un montant inférieur à 2 500 dollars des États-Unis – des "micro-commandes" peuvent être passées auprès de tout fournisseur admis à l'accord-cadre[7]. Bien que le règlement appelle les entités adjudicatrices à choisir parmi les fournisseurs inscrits lorsqu'elles effectuent des achats d'un montant inférieur à 2 500 dollars, elles peuvent en principe retenir n'importe quel fournisseur, admis ou non à l'accord-cadre, les "micro-commandes" n'entrant généralement pas dans le champ d'application d'une réglementation quelconque[8];

b) Pour des commandes d'un montant supérieur à ce seuil, l'entité adjudicatrice doit retenir le fournisseur admis à l'accord-cadre offrant le meilleur rapport qualité-prix selon une très large série de critères d'évaluation[9]. Pour des achats fondés sur un marché-cadre à fournisseurs multiples "MAS", elle doit généralement évaluer les prix d'au moins trois fournisseurs inscrits – qu'elle a sélectionnés – ou elle peut consulter le catalogue électronique de la General Services Administration (voir aussi par. 34 ci-dessous).

24. La sélection des fournisseurs sans remise en concurrence dans la deuxième phase peut aussi se faire par un système de roulement des fournisseurs ou être

---

[5] Selon l'avis d'observateurs, on peut penser que si le fournisseur présentant la meilleure offre conformément aux critères d'attribution ne peut pas ou ne souhaite pas exécuter la commande, l'entité adjudicatrice pourra retenir la deuxième meilleure offre, mais les directives ne prévoient pas de disposition à cet effet.

[6] Les techniques d'achat pouvant varier considérablement selon le contrat à prestations et à quantités indéterminées, la présente étude est axée sur la procédure des marchés à fournisseurs multiples (MAS) de la General Services Administration, qui sont davantage réglementés.

[7] FAR 8.404 b) 1).

[8] FAR, sous-partie 13.2.

[9] FAR 8.404 b).

discrétionnaire. Il existe en outre un système de cascade, par exemple au Brésil, où les achats doivent être effectués auprès du fournisseur initialement retenu à moins que ce dernier ne puisse satisfaire la demande[10]. Ces systèmes peuvent présenter un risque pour la concurrence et la transparence, en particulier si le mode de sélection dans la deuxième phase ne doit pas nécessairement être spécifié dans le dossier de sollicitation.

c) Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes n'autorisant pas la révision permanente des offres ni la modification du cahier des charges

25. La directive européenne 2004/18/CE prévoit au paragraphe 4 de l'article 32 une remise en concurrence dans la deuxième phase "lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre"[11]. Il a été noté que ces termes pourraient même comprendre le prix puisque, dans la directive, ce dernier ne doit pas nécessairement être établi dans l'accord-cadre lui-même[12].

26. Les parties admises à un accord-cadre sont invitées à se faire concurrence pour une commande donnée "sur la base [des termes fixés dans l'accord-cadre], si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre"[13]. Bien que tous les fournisseurs participant à l'accord-cadre "qui sont capables de réaliser l'objet du marché" doivent être consultés par écrit (article 32-4 a)), les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'inclure tous ceux qui ont été admis à l'accord-cadre – par exemple, dans le cas où certains fournisseurs ne seraient pas en mesure d'offrir les produits en question ou de respecter les délais prévus. (Les offres soumises en réponse par les fournisseurs doivent aussi être sous forme écrite à moins que l'entité adjudicatrice ne décide de procéder à la mise en concurrence dans la deuxième phase par enchère électronique inversée, conformément au paragraphe 4 de l'article 54.)

27. Quelle que soit la méthode retenue pour la deuxième phase du processus d'attribution, en vertu de la directive, les termes essentiels de l'accord-cadre ne

---

[10] En Suède, jusqu'en 2003 environ, l'entité adjudicatrice pouvait retenir le fournisseur de son choix lorsqu'elle passait une commande fondée sur un accord-cadre. Par la suite, la jurisprudence a établi qu'une commande fondée sur un accord-cadre à fournisseurs multiples devait être passée auprès du fournisseur le mieux classé et, uniquement si ce-dernier ne pouvait exécuter la commande, auprès d'un fournisseur de rang inférieur. Cette règle jurisprudentielle est contestée et n'est pas appliquée universellement.

[11] Certains observateurs ont émis l'avis qu'il fallait interpréter cette disposition comme prévoyant une remise en concurrence dans la deuxième phase uniquement lorsqu'il n'était pas possible d'appliquer simplement les termes de l'accord-cadre.

[12] Si le paragraphe 1 de l'article 5 de la Directive, aux termes duquel "[un] 'accord-cadre' est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées, peut sembler supposer que le prix doit être fixé dans l'accord-cadre, il ne doit pas nécessairement l'être sous forme d'un montant précis mais éventuellement par référence à un indice de prix ou à un autre point de repère.

[13] En pareil cas, l'entité adjudicatrice fixe "un délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres" (article 32-4 b)).

peuvent être renégociés et le cahier des charges ne peut être substantiellement modifié. Cela dit, il est permis de compléter ou d'affiner les termes essentiels ou le cahier des charges en vue d'une commande précise[14]. Il importe de noter que les entités adjudicatrices doivent attribuer "chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre" (c'est l'auteur qui souligne), et non sur la base du cahier des charges révisé (article 32-4 d)). Il n'est pas précisé comment les critères d'attribution sont appliqués au cahier des charges affiné[15].

28. En France, les accords-cadres à fournisseurs multiples avec remise en concurrence dans la deuxième phase sont utilisés lorsque la volatilité des prix des produits, l'obsolescence rapide des produits, une situation d'urgence ou des cas impliquant une mission de recherche le rendent nécessaire[16]. En général, ils ont été utilisés conformément aux règles ordinaires du Code des marchés publics (puis des directives européennes alors en vigueur). Il a été précisé que les entités pouvaient limiter le nombre de fournisseurs sélectionnés dans la première phase. Pour des commandes n'atteignant pas le seuil pertinent fixé par l'UE (en application des règles de cumul ou dans le cadre d'arrangements destinés à des achats occasionnels ou de faible valeur), les entités adjudicatrices pourraient choisir parmi les fournisseurs sans les remettre en concurrence dans la deuxième phase. Il n'est pas

---

[14] L'Office of Government Commerce du Royaume-Uni donne les exemples suivants: délais de livraison particuliers, modalités de facturation ou de paiement particuliers; besoins de sécurité supplémentaires; frais supplémentaires; services associés particuliers (installation, maintenance et formation); rapport particulier entre le système qualité et les prix; rapport qualité/prix particulier; mécanisme de fixation des prix prévu dans les termes; conditions spéciales (spécifiques par exemple à des produits ou services à fournir particuliers pour qu'ils remplissent une condition de l'accord-cadre). (Voir la note d'information de l'Office of Government Commerce, de février 2003, consultable à l'adresse http://www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1000330.)

[15] Cependant, dans un document du Gouvernement du Royaume-Uni, il est noté que, selon l'interprétation de la CE, l'attribution d'un marché (en vertu d'un accord-cadre) ne peut se faire que sur la base des termes et conditions (y compris le mécanisme de fixation de prix) établis dans l'accord-cadre lui-même. Le prix ou le mécanisme déjà fixés dans l'accord-cadre ne peuvent être négociés au moment de la commande (y compris pour ce qui est des catalogues électroniques de biens et de services S-CAT et G-CAT ainsi que d'autres accords cadres à la disposition des entités gouvernementales). Lorsqu'il y a plusieurs fournisseurs parties à un arrangement-cadre ou à un contrat-cadre et qu'on vise à mettre deux ou plus d'entre eux en concurrence, le prix ou le mécanisme de fixation des prix déjà établis dans l'arrangement-cadre ou le contrat-cadre ne peuvent être négociés au moment de ce mini-appel d'offres. Les critères d'attribution devraient alors porter sur des considérations à la fois i) de qualité/méthodologie et ii) de ressources/coûts. À cette occasion, les fournisseurs ont la possibilité d'indiquer le type de ressources qu'ils fourniraient, ainsi que le tarif par jour ou le prix établi qu'ils appliqueraient s'ils exécutaient la tâche proposée. Le prix proposé doit refléter les tarifs fixés dans l'accord-cadre pertinent mais peut tenir compte de tout mécanisme (par exemple de réduction) établi dans celui-ci. Au-delà de ces paramètres, la négociation des prix n'est pas permise, même si des fournisseurs le proposent". Pour plus de détail, voir à l'adresse http://www.dti.gov.uk/about/procurement/procue8-8.htm. En revanche, en Suède, par exemple, il a toujours été interdit de lancer une deuxième série d'offres ou un mini-appel d'offres en vertu de la Loi sur la passation des marchés (SFS 1992:1528) telle que modifiée, consultable en anglais à l'adresse http://www.nou.se/pdf/louenglish.pdf.

[16] En vertu de l'actuel Code des marchés publics.

clair si ces dispositions seront maintenues lorsque la France adoptera les nouvelles directives européennes.

29. Aux États-Unis d'Amérique, lorsque des organismes du département de la défense achètent des services pour un montant supérieur à 100 000 dollars, fondés sur des "contrats à prestations et à quantités indéterminées", ils doivent respecter des règles concurrentielles plus complexes. En ce qui concerne les marchés-cadres à fournisseurs multiples de la General Services Administration (GSA) par exemple, ils doivent recueillir au moins trois offres de prix avant de sélectionner un fournisseur et ne peuvent se contenter de consulter les listes de prix de trois concurrents[17].

30. L'entité adjudicatrice aux États-Unis a aussi la possibilité de lancer un "mini-appel d'offres" destiné aux titulaires d'un contrat-cadre (aussi bien de marchés-cadres à fournisseurs multiples que de "contrats à prestations et à quantités indéterminées"), auquel cas il faut accorder aux fournisseurs admis à l'accord-cadre des chances équitables d'entrer en concurrence[18]. Autrement, l'entité adjudicatrice peut simplement demander des réductions plus importantes ou d'autres concessions au fournisseur susceptible d'être retenu. Pour des commandes dépassant un certain seuil (qui varie selon le contrat), les entités adjudicatrices doivent généralement demander des offres et des réductions plus importantes à d'autres fournisseurs et ensuite négocier avec celui qui semble, à l'issue du "mini-appel d'offres", proposer le meilleur rapport qualité-prix[19]. Ne prévoyant pas de disposition équivalente à l'interdiction dans l'Union européenne d'apporter des modifications substantielles aux termes, aux conditions ou au cahier des charges pour ce qui est de l'offre initiale, ce système s'apparente aussi à celui qui est décrit dans la section suivante.

d) Attribution de commandes avec remise en concurrence dans la deuxième phase – systèmes autorisant la révision permanente des offres et la modification du cahier des charges

31. Dans ce type d'accord-cadre, qui est pour l'essentiel une version affinée du type exposé dans la section précédente, les fournisseurs peuvent revoir leur offre à tout moment (sans nouvelle phase d'appel d'offres) et l'entité adjudicatrice choisit la meilleure offre au moment d'une commande donnée, tout en affinant éventuellement le cahier des charges[20]. Des observateurs ont noté que ce système présentait des avantages, notamment en termes de rentabilité, le coût d'une nouvelle procédure intégrale pouvant être disproportionné dans ces circonstances. Par ailleurs, ce type de système est fréquemment ouvert, de sorte que de nouveaux

---

[17] Volume 67 du Federal Register p. 65505 (25 octobre 2002) (règle finale portant complément aux règles concurrentielles imposées par la section 803 du National Defence Authorization Act pour l'année fiscale 2002 (Loi publique n° 107-107).

[18] FAR 16.505 b) (exigence de chances équitables dans les contrats à prestations et à quantités indéterminées); Digital Systems Group, Inc., Comp. Gen. (contrôleur général des finances) n^{os} B-286931, B-286931.2, 2001 CPD 50 (2001) (si la mise en concurrence pour un marché-cadre à fournisseurs multiples (MAS) prend la forme d'une passation de marchés négociée, chaque soumissionnaire doit bénéficier de chances équitables).

[19] FAR 8.404.

[20] En Suède, par exemple, une entité adjudicatrice peut accepter la proposition d'un fournisseur de baisser les prix qu'il a soumis précédemment mais elle ne peut demander ou exiger la révision des prix pendant la durée de l'accord-cadre.

fournisseurs peuvent être admis à l'accord-cadre à tout moment, comme dans le régime des marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS) aux États-Unis d'Amérique.

32. Ce type de mécanisme peut prendre la forme d'un catalogue électronique ou d'un système d'achat électronique, où les entités adjudicatrices peuvent consulter les prix en vigueur des fournisseurs. Il permet la modification régulière des prix, et son utilisation croissante (qui contribue aussi à réduire le coût des opérations impliqué par le changement de fournisseur) a favorisé le recours aux accords-cadres en général. Les catalogues électroniques permettent donc aux entités adjudicatrices de sélectionner rapidement des biens et des services tout en faisant jouer la concurrence[21].

33. Ces systèmes peuvent aussi servir pour la passation de marchés de produits courants dont le prix est fonction de la demande, tels que l'électricité ou les produits informatiques, qui évoluent sans cesse et font fréquemment l'objet de perfectionnement. Dans ces circonstances, on peut obtenir le meilleur rapport qualité-prix en évaluant à intervalles réguliers les prix en vigueur de divers fournisseurs, sans subir le coût d'une véritable mise en concurrence pour chaque commande. De même, ces systèmes peuvent servir pour des commandes urgentes, de préférence à la négociation avec appel à la concurrence ou à la sollicitation d'une source unique, et peuvent assurer la sécurité de l'approvisionnement (par exemple en prévoyant des fournisseurs "de réserve" pour les besoins urgents).

34. Un catalogue électronique en ligne appelé GSA Advantage est utilisé aux États-Unis notamment pour certains marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS)[22]. Des fournisseurs sont admis à tout moment dans le système sur la base de spécifications génériques et les entités adjudicatrices peuvent ensuite comparer les caractéristiques, les prix et les modalités de livraison des articles à acquérir, configurer des produits et y ajouter des accessoires. Les fournisseurs sont tenus de transmettre au système leur listes de prix pour un marché donné ainsi que les réductions qu'ils proposent pour les achats de la GSA et peuvent baisser leurs prix contractuels à tout moment.

35. La directive européenne 2004/18/CE prévoit aussi un mécanisme appelé "système d'acquisition dynamique"[23] qui doit être utilisé par voie électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur[24]. Il se distingue de l'accord-cadre classique prévu par les directives par sa continuité (sur une durée de quatre années dans des circonstances normales) et par le fait qu'il est ouvert à tous fournisseurs qualifiés ainsi qu'à de nouveaux fournisseurs (c'est-à-dire qu'il ne crée pas de liens contraignants entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs initiaux).

---

[21] Voir U.S Office of Management & Budget, Office of Federal Procurement Policy "Best Practices for Multiple Task and Delivery Contracting 7" (Washington, D.C.: juillet 1997), consultable à l'adresse www.acqnet.gov/Library/OFPP?/BestPractices/BestPMAT.html.

[22] Voir le catalogue à l'adresse www.gsaadvantage.gov.

[23] Voir l'article 1-6 (définitions) et l'article 33 de la directive 2004/18/CE. Des dispositions semblables sont prévues à l'article 1-5 (définitions) et à l'article 15 de la directive 2004/17/CE.

[24] Comme pour les accords-cadres, le recours à cette méthode n'est pas limité à des biens ou à des services spécifiques.

Les règles prévoient que les offres peuvent être modifiées à tout moment et que chaque marché spécifique doit faire l'objet d'une mise en concurrence dans la deuxième phase. En outre, dans ce système, à la différence de l'accord-cadre, avant d'émettre l'invitation à soumettre une offre, l'entité adjudicatrice doit publier un avis de marché simplifié invitant tous les fournisseurs intéressés à présenter une offre indicative et ne peut procéder à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives introduites dans un délai fixé. Ce n'est qu'à ce moment qu'il peut inviter tous les soumissionnaires admis dans le système à présenter une offre. Le système d'acquisition dynamique ayant été introduit récemment et étant en cours d'adoption, son fonctionnement dans la pratique n'a pas encore été mis à l'épreuve. Cependant, selon de premières observations, les obligations procédurales dans la deuxième phase du processus d'attribution, qui présentent des avantages en termes de transparence, risquent de dissuader le recours à ce système[25].

4. Questions découlant de l'utilisation des accords-cadres à fournisseurs multiples

36. En ce qui concerne les accords-cadres sans remise en concurrence dans la deuxième phase, des observateurs ont estimé que, malgré leur efficacité, les termes de l'accord-cadre étant appliqués dans la deuxième phase sans nouvel appel à la concurrence (et sans autres formalités telles que la publicité imposée par de nombreux régimes), ils présentaient un certain risque pour la concurrence. Plus précisément, la concurrence et le nombre de fournisseurs sont artificiellement limités, ce qui entraîne le risque que les prix soient maintenus artificiellement élevés et inflexibles et que la transparence soit entravée comme on l'a vu plus haut[26].

37. En ce qui concerne les accords-cadres avec une remise en concurrence dans la deuxième phase, ni les directives européennes ni le système des États-Unis ne prévoient de réglementation sur les modalités de la concurrence. Si les directives ne contiennent pas de dispositions détaillées sur la procédure d'attribution d'une commande donnée, elles prévoient une obligation générale pour l'entité adjudicatrice de traiter les fournisseurs de manière équitable et non discriminatoire[27]. Aux États-Unis, le règlement indique simplement que, dans la

---

[25] Certains commentateurs ont émis l'avis que les exigences de publicité et la phase de mini-appel d'offres pourrait dissuader de recourir à ce système mais, du fait de sa nouveauté, il n'existe pas de preuves pour étayer ou infirmer cette opinion.

[26] Au Canada, on a constaté que si l'on comparait les prix fixés dans un accord permanent à ceux proposés par d'autres sources pour des articles identiques ou très semblables, les premiers n'étaient pas toujours les plus rentables et que, dans la plupart des cas, des économies considérables auraient pu être réalisées si les achats avaient été faits auprès de sources autres que celles admises à l'accord. (Voir Gouvernement de la Colombie britannique (Canada), Ministère des finances, Bureau du Contrôleur général, Core Policy And Procedures Manual, consultable à l'adresse http://www.fin.gov.bc.ca/ocg/fmb/manuals/CPM/06_Procurement.htm#1).

[27] L'attribution de marchés en général est toutefois soumise aux obligations conventionnelles globales et à l'article 2 de la directive aux termes duquel, selon les principes de passation des marchés, "les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence". La méthode "cascade", où les

deuxième phase, il faut donner aux fournisseurs des chances équitables d'entrer en concurrence[28].

38. Les directives européennes ne fixent pas de délai minimum pour solliciter des offres auprès des fournisseurs admis à un accord-cadre, mais exigent un "délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres" (art. 32-4-b)).

39. En Arménie, par exemple, les aspects procéduraux de la deuxième phase sont réglementés: un nombre de jours est fixé pour chaque étape, au cours de laquelle l'entité adjudicatrice passe des commandes sous forme électronique ou par des moyens de communication traditionnels et le fournisseur répond par une confirmation de la commande qui est alors exécutée[29].

40. Par ailleurs, il peut être difficile de déterminer l'offre au prix le plus bas ou l'offre la plus basse selon l'évaluation. Les directives européennes prévoient une certaine flexibilité, l'attribution étant faite sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre. Les lignes directrices de l'UE sur l'interprétation de cette disposition indiquent que "ces critères d'attribution ne sont pas forcément les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion des accords-cadres eux-mêmes"[30].

41. Des observateurs ont donc estimé que les avantages théoriques d'une mise en concurrence dans la deuxième phase ne se vérifiaient pas toujours dans la pratique et qu'une telle procédure pourrait en effet être inadéquate. Par exemple, une enquête menée aux États-Unis d'Amérique en 1999 a révélé que 53 % des commandes avaient été attribuées sans mise en concurrence et que cela n'était justifié que dans 12 % des cas[31]. Selon un autre rapport, parmi six organisations étudiées, les efforts visant à donner des chances équitables aux fournisseurs d'entrer en concurrence dans la deuxième phase du processus d'attribution, comme l'exige le système, variaient considérablement (dans un cas, presque deux tiers des commandes avaient été attribuées à une source unique en fonction du volume et un cinquième en fonction de la valeur, et, dans d'autres cas, on avait désigné un fournisseur recommandé ou proposé qui était donc seul à présenter une offre). Des observateurs ont donné diverses raisons justifiant l'attribution sans remise en concurrence dans la deuxième phase, notamment le maintien de relations continues avec un fournisseur (l'attribution de marchés de faible valeur étant suivie d'autres d'une valeur supérieure), des considérations pratiques, telles que la date et l'absence d'un avis

---

fournisseurs sont sélectionnés en fonction de leur rang et de leur disponibilité, serait conforme à ces obligations.

[28] FAR 16.505 b) 1. Voir aussi le paragraphe 30.

[29] Procédure de fonctionnement de l'administration chargée des marchés publics (décret portant adoption de la loi arménienne sur les marchés publics, juin 2000).

[30] Article 32-4 d) de la directive 2004/18/CE, explications de la Direction générale Marché intérieur et services, Politique des marchés publics de la Commission européenne, dans le document CC/2005/03_rev1 FR du 14 juillet 2005.

[31] Une enquête ultérieure en 2001 a révélé que le taux d'attributions sans remise en concurrence avait atteint 72 %.

adéquat qui privilégient les entrepreneurs participants, la collusion, la partialité des spécifications techniques et l'évaluation inadéquate des prix soumissionnés[32].

42. En outre, lorsqu'un faible nombre de fournisseurs participe à la deuxième phase du processus d'attribution, on a observé un risque de collusion entre eux, c'est-à-dire qu'ils entreraient en concurrence "à tour de rôle".

43. Des observateurs ont également noté que la possibilité de modifier le cahier des charges augmentait le risque d'irrégularités. Ils ont évoqué le cas d'achats effectués en dehors du champ des accords-cadres lorsque le cahier des charges était modifié et ont indiqué que le fait de préciser les termes généraux pouvait en fait résulter en la modification substantielle des termes initiaux. En tout état de cause, le Groupe de travail estimera peut-être qu'une nouvelle procédure de passation devrait être menée dans des conditions de pleine concurrence, bien que les systèmes qui autorisent actuellement la modification du cahier des charges ne prévoient aucune disposition énonçant les circonstances qui exigeraient une nouvelle procédure. Il est souvent estimé que ces problèmes sont aggravés par le fait que la deuxième phase du processus d'attribution n'est pas soumise aux exigences de publicité ni aux mécanismes de recours.

D. Accords-cadres gérés par des centrales d'achat

44. Des commentateurs ont noté que les accords-cadres permettaient aussi à une entité adjudicatrice centralisée ou à un organisme d'achat extérieur d'effectuer la passation de marchés au nom, ou pour le compte, de plusieurs entités. Un tel regroupement des commandes peut donner lieu à des réductions pour achats en gros, ce qui améliore le rapport qualité-prix conformément aux objectifs de la Loi type, et donne une certaine liberté de choix au consommateur final lorsque des contrats sont conclus avec plusieurs fournisseurs proposant des produits différents.

45. Cependant, certains commentateurs ont exprimé des craintes concernant de tels arrangements: il pourrait être dans l'intérêt d'un organisme extérieur de conserver un revenu important en maintenant des prix élevés, en imposant des spécifications excessives, en effectuant des achats dans les limites du budget sans évaluer rigoureusement les besoins, en passant de façon générale des commandes excessives par rapport aux besoins ou en privilégiant certains fournisseurs pour satisfaire les consommateurs finaux. Il a aussi été observé que la séparation entre le consommateur final et l'entité adjudicatrice augmente ce risque en raison d'un contrôle inadéquat de l'évaluation des besoins et de l'application de procédures souples.

46. Un organisme d'achat centralisé ou externe peut s'adapter aux besoins des entités adjudicatrices en réduisant la concurrence, ce qui à son tour peut impliquer le recours à des techniques concurrentielles, à des exigences techniques ou à des

---

[32] U.S. General Accounting Office, "Contract Management: Not Following Procedures Undermines Best Pricing Under GSA's Schedule", Rapport n° GAO-01-125 (28 novembre 2000); Benjamin, "Multiple Award Task and Delivery Order Contracts: Expanding Protest Grounds and Other Heresies", 31 Pub. Cont. L. J. 429 (2002).

exigences de présélection[33] qui privilégient une certaine entreprise, limitent abusivement la concurrence et mettent certains fournisseurs en position de monopole effectif[34].

VI. Dispositions sur les accords-cadres dans la Loi type

47. Si le Groupe de travail estime que les avantages potentiels des accords-cadres sont tels qu'il faudrait prévoir dans la Loi type des dispositions qui permettent d'y recourir, il souhaitera peut-être examiner le type de système(s) et le degré de réglementation appropriés.

48. En résumé, plus les critères qualitatifs de sélection des fournisseurs et d'évaluation des soumissions et des offres sont nombreux et importants, plus le degré de jugement professionnel nécessaire à l'interprétation et à la gestion des spécifications techniques et des mandats est élevé, plus la procédure de passation est complexe et plus elle présente des risques d'abus. Dans la mesure où les accords-cadres ne fixent pas nécessairement le prix ou d'autres termes et conditions importants dans la première phase du processus d'attribution, il a été fait remarquer que la deuxième phase pouvait être complexe, opaque et susceptible d'abus et que le Groupe de travail pourrait donc juger approprié de fournir des orientations détaillées sur l'utilisation de ces accords.

49. Il a toutefois été observé que les avantages temporels et financiers des accords-cadres risquaient de se perdre si la réglementation elle-même était excessive (par exemple, si la première phase faisait l'objet d'une procédure d'appel d'offres et que la deuxième imposait également la publication, de longs délais de réponse et des conditions de pleine concurrence).

50. En conséquence, le Groupe de travail estimera peut-être que la Loi type devrait prévoir des dispositions sur les conditions d'utilisation des accords-cadres, le déroulement de la première phase, les procédures applicables et la discrétion éventuelle dans la sélection des fournisseurs au cours de la deuxième phase, les exigences de publication et de publicité, et les questions de recours, mais que les procédures détaillées visant à garantir la transparence et le contrôle effectifs devraient être traitées dans d'autres textes.

A. Types d'accords-cadres que la Loi type pourrait prévoir

51. Le Groupe de travail estimera peut-être que la Loi type pourrait prévoir expressément certains ou l'ensemble des types d'accords-cadres ci-après:

---

[33] Voir l'article VIII de l'AMP (limitation des exigences de présélection restrictives).

[34] Il convient de noter que certains systèmes, tels que celui prévu par la directive européenne 2004/18/CE n'autorisent pas la conclusion de contrats entre entités autres que celles originairement parties à l'accord-cadre (article 32-2) et, de ce fait, ne permettent pas les achats centralisés ad hoc. En revanche, aux États-Unis par exemple, de nombreuses agences gouvernementales permettent à d'autres organisations de passer des commandes fondées sur leurs marchés à fournisseurs multiples.

a) Accords à fournisseur unique où tous les termes et conditions sont fixés dans la première phase (où la mise en concurrence se fait intégralement dans cette première phase et qui produit les mêmes effets qu'un contrat en lots). Le Groupe de travail pourrait estimer que ces arrangements peuvent être conclus en vertu de l'actuelle Loi type en tant que contrats divisés en lots (comme il est envisagé à l'alinéa h) de l'article 27 de la Loi type), bien que ces lots soient attribués à différents moments. Cependant, il pourrait être utile de prévoir une disposition expresse pour clarifier toute ambiguïté sur la question de savoir si des estimations des quantités d'articles à acquérir peuvent être fournies au lieu des données précises.

b) Accords à fournisseurs multiples, où tous les termes et conditions sont fixés dans la première phase (où la mise en concurrence se fait intégralement dans cette première phase). (Bien que ces arrangements puissent sembler envisageables dans le cadre de la Loi type actuelle, sous la forme de contrats en lots, le Groupe de travail pourrait considérer que l'exigence de déterminer "l'offre à retenir", ou son équivalent selon d'autres méthodes de passation, suppose que ce type d'accord n'est pas autorisé par la Loi type.) Les termes de l'accord-cadre seraient alors appliqués dans la deuxième phase. Un moyen de procéder à l'attribution de marchés dans la deuxième phase serait de prévoir qu'une commande donnée soit d'abord passée auprès du fournisseur le mieux classé puis auprès d'autres, seulement si le premier ne peut exécuter la commande; autrement, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'autres moyens, comme ceux décrits au paragraphe 24 ci-dessus; et

c) Les accords à fournisseurs multiples où toutes les conditions ne sont pas fixées dans la première phase, et où le prix ainsi que d'autres termes et conditions varient dans une certaine mesure dans la deuxième phase qui est concurrentielle. Le Groupe de travail pourrait estimer que ces arrangements ne sont pas possibles dans le cadre de la procédure d'appel d'offres prévue par la Loi type qui n'envisage qu'une série d'offres (ils pourraient éventuellement être utilisés dans le cadre de la méthode principale pour la passation des marchés de services en vertu des articles 43 ou 44, bien que ces dispositions n'aient évidemment pas été conçues pour viser les accords-cadres). Ils ne sont pas non plus envisageables si l'entité adjudicatrice ne peut pas fixer précisément le cahier des charges dès le départ et souhaite demander des propositions techniques aux fournisseurs pour chaque nouvelle tâche (la Loi type ne prévoyant pas la modification permanente des offres ou des propositions). (Une variante de ce type d'accord serait un système dynamique reposant sur des moyens électroniques ou sur un mécanisme tout aussi économique et transparent pouvant servir pour certains produits comme ceux mentionnés au paragraphe 6 de l'article premier de la directive européenne 2004/18/CE ("achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur"), mais qui seraient peut-être moins adaptés là où la sécurité de l'approvisionnement est un facteur important. Le Groupe de travail estimera peut-être aussi que ce type de système devrait être "ouvert" de sorte que de nouveaux fournisseurs puissent y être admis.)

52. Les questions soulevées par les types d'accord susmentionnés, que le Groupe de travail souhaitera peut-être faire figurer dans la Loi type, dans des règlements types ou dans le Guide pour l'incorporation, sont abordées dans les sections ci-après

qui exposent aussi des solutions réglementaires possibles et les inconvénients que ces dernières peuvent elles-mêmes présenter.

B. Conditions générales d'utilisation

53. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner:

a) Si les accords-cadres devraient être autorisés pour tous les marchés ou si un seuil minimum basé sur la valeur totale estimée devrait être fixé de manière à assurer la rentabilité, et s'ils devraient être autorisés uniquement pour des achats répétitifs pour lesquels des commandes seront émises sur une certaine durée. Par ailleurs, le Groupe de travail estimera peut-être que de très petits achats répétitifs ainsi que des achats urgents pourraient se faire efficacement au moyen d'accords-cadres;

b) S'il faudrait restreindre les types d'articles pouvant faire l'objet d'un accord-cadre, de manière, par exemple, à exclure certains services et travaux pour lesquels le cahier des charges risque d'être de courte durée. À titre d'exemple, le Groupe de travail pourrait considérer que des "prestations intellectuelles" ou des marchés de travaux complexes se prêteraient moins aux accords-cadres que des services quantifiables comme le gardiennage ou les contrats de maintenance;

c) Comment les achats fondés sur des accords-cadres pourraient être regroupés de manière à garantir leur réglementation;

d) Si la durée des accords-cadres devrait être limitée;

e) Comment traiter les exigences de publication et de publicité, notamment dans la deuxième phase du processus d'attribution. Le volume de commandes passées périodiquement avec chaque fournisseur pourrait par exemple être soumis à publication. En outre, le Groupe de travail pourrait se demander si l'entité adjudicatrice devrait être tenue d'aviser les autres fournisseurs potentiels lorsqu'une commande va être passée et de publier toute modification apportée au cahier des charges pendant la durée d'un accord-cadre;

f) Si les deux phases de la passation des marchés devraient être soumises au recours (même si ce n'est que rétroactivement);

g) Si les accords-cadres ne devraient être autorisés que dans des cas où le cahier des charges est rédigé de façon précise dès le départ, ainsi que la question de savoir à quel point il peut être modifié. Il conviendrait alors de déterminer dans quelle mesure une modification du cahier des charges exigerait une nouvelle procédure de passation et si un cahier des charges générique pourrait être envisagé, des orientations étant fournies sur l'étendue des modifications et affinements autorisés;

h) Si les aspects relatifs au marché (comme la fixation d'une quantité ou d'un volume minimal ou maximal, ou l'exigence d'un seul accord prévoyant des termes identiques pour tous les fournisseurs) devraient être traités sous une forme quelconque[35].

C. Première phase du processus d'attribution

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner:

a) Si une procédure d'appel d'offres devrait être imposée dans la première phase pour tous les accords-cadres, ou si d'autres méthodes de passation devraient être permises (l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions ou la négociation avec appel à la concurrence pourraient être utilisés, par exemple, si l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure de fixer un cahier des charges avec le degré de précision et le caractère définitif nécessaires à une procédure d'appel d'offres, ou pour des marchés urgents). Le Groupe de travail se demandera peut-être si les avantages sur le plan de la concurrence et de la transparence d'un système dynamique qui reste "ouvert" à de nouveaux fournisseurs se prêteraient à ce type de passation, bien que ce système soit incompatible avec les autres méthodes de passation prévues par la Loi type actuelle;

b) Si le nombre de fournisseurs admis à l'accord-cadre pourrait être limité dans la première phase. Dans l'affirmative, il faudrait peut-être prévoir des dispositions régissant les modalités de classement et la question de savoir si les critères doivent être révélés; et

c) Le point de savoir que, même si un accord-cadre n'est pas un contrat contraignant, la procédure dans la première phase du processus d'attribution devrait être soumise aux exigences procédurales normales, notamment de publicité et de recours.

D. Deuxième phase du processus d'attribution

1. Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples sans remise en concurrence dans la deuxième phase

55. Le Groupe de travail pourrait examiner les moyens possibles ci-après d'assurer l'actualité des prix dans ce type d'accord-cadre, en se demandant:

a) Si la durée de l'accord-cadre devrait être limitée de manière à permettre un renouvellement périodique de la concurrence;

b) Si l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à effectuer des achats en dehors de l'accord-cadre, même pour des articles identiques à ceux prévus dans l'accord. À cet égard, les entités adjudicatrices pourraient être tenues de mener une étude de marché et d'entrer en contact avec le ou les fournisseurs pour leur permettre de baisser leurs prix périodiquement ou au moment d'une commande. Les directives de la Banque mondiale mentionnées au paragraphe 44 du document

---

[35] Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter à cet égard que la Loi type ne traite pas actuellement des termes du marché lui-même.

A/CN.9/WG.I/WP.44 prévoient couramment un mécanisme d'ajustement des prix dans le contrat pertinent pour faire en sorte que le prix reste compétitif. Cependant, si les entités adjudicatrices peuvent, dans certains systèmes, faire des achats en dehors de l'accord-cadre, l'expérience montre que, dans de nombreux cas, elles n'évaluent pas suffisamment les prix et la qualité lorsqu'elles passent une commande, étant donné qu'il est plus facile d'appliquer simplement l'accord-cadre existant que de solliciter des offres ou de relancer une procédure d'appel d'offres pour la commande en question;

c) S'il faudrait fixer des seuils de prix dans l'accord-cadre pour permettre des ristournes dans la deuxième phase (en Arménie, par exemple, l'accord-cadre conclu avec les fournisseurs fixe un prix maximum – mais pas minimum). Les avantages d'une telle mesure seraient la clarté concernant le prix, et la transparence de ses attributs: unité, temps, et tout indice ou formule appliqué. Autrement, ou en supplément, on pourrait envisager la possibilité que le prix des offres dans la première phase corresponde à un pourcentage de réduction par rapport aux prix commerciaux. Cependant, il a été observé que la possibilité de baisser progressivement les prix risquait de nuire à la rigueur fondamentale de l'appel d'offres et présenter le risque que le meilleur prix ne soit jamais atteint[36].

2. Accords à fournisseur unique et à fournisseurs multiples avec remise en concurrence dans la deuxième phase

56. La question principale concerne le manque apparent de concurrence véritable dans la deuxième phase, dû soit aux accords-cadres fermés soit à la difficulté pratique de faire en sorte que de nouveaux fournisseurs puissent participer à des accords ouverts en temps utile.

57. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager les moyens ci-après susceptibles d'améliorer la concurrence dans la deuxième phase:

a) Établir des procédures de réglementation de la concurrence dans la deuxième phase (par exemple en adaptant les procédures de négociation avec appel à la concurrence ou de sollicitation de propositions, et en imposant des exigences minimales relatives au nombre de fournisseurs invités ainsi que des délais);

b) Faire en sorte que la deuxième phase du processus d'attribution soit soumise aux procédures de publicité et de recours appropriées, même si ce n'est que rétroactivement;

c) Réduire le risque de collusion en exigeant des fournisseurs admis qu'ils exécutent toute commande passée en vertu de l'accord-cadre. Cela peut toutefois entraîner des dépenses supplémentaires, du fait par exemple de prix plus élevés et de la nécessité de verser une avance sur honoraires;

d) Prévoir des incitations visant à améliorer la participation, telles qu'un engagement facultatif à l'achat d'un montant minimum afin de donner aux fournisseurs une certaine sécurité par rapport aux commandes futures. Les

---

[36] Le Groupe de travail pourrait noter que cette question se pose aussi dans le contexte des enchères électroniques inversées qui sont traitées dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.36, A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1, et A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1.

fournisseurs pourraient aussi être engagés à fournir un pourcentage seulement de la valeur totale du contrat prévu pour montrer qu'ils sont réellement en mesure d'exécuter les commandes.

58. Bien que des conditions de pleine concurrence dans la deuxième phase risquent d'éliminer l'avantage des accords-cadres sur le plan de la concurrence, elles pourraient être nécessaires pour des articles dont le prix ou le cahier des charges est susceptible de changer (tels que les produits qui évoluent sur le plan technologique). Par conséquent, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si la modification du cahier des charges ou l'utilisation de cahiers des charges génériques pouvant être complétés devait être permise uniquement dans le cadre d'un système dynamique qui autorise l'admission de nouveaux fournisseurs à tout moment, de sorte que les risques d'abus décrits plus haut soient évités.

59. Le Groupe de travail se demandera peut-être aussi si le cahier des charges pourrait être modifié dans tous les types d'accords-cadres si l'on prévoyait à la fois des règles sur l'étendue de cette possibilité et des mécanismes de publicité et de recours rigoureux. À un niveau plus général, des dispositions pourraient par exemple indiquer que les entités adjudicatrices ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence[37]. Des dispositions ou des règlements plus détaillés pourraient traiter du degré de précision nécessaire concernant le prix dans la première phase du processus d'attribution et limiter les modifications pouvant être apportées au cahier des charges dans la deuxième phase à celles qui sont conformes au cahier des charges initial (de sorte qu'elles visent à préciser et non à étendre les types d'articles à acquérir).

60. En outre, les accords-cadres pourraient comporter certains éléments fondamentaux et d'autres variables de sorte que les principaux termes et conditions puissent être fixés dans la première phase et que certains puissent être affinés dans la deuxième. À cet égard, le Groupe de travail pourrait considérer que les fournisseurs ne devraient pouvoir modifier le prix ou d'autres termes et conditions que si l'entité adjudicatrice en tire un avantage et seulement, comme c'est le cas par exemple en France, en réponse à une demande.

61. Une autre question pratique découle du fait que, si le cahier des charges n'est pas suffisamment précis et que les prix sont variables, il peut être difficile de comparer les fournisseurs dans la première phase du processus d'attribution et, ainsi, de sélectionner ceux qu'il faut admettre à l'accord-cadre. En pareil cas, comme dans le système des marchés-cadres à fournisseurs multiples (MAS) aux États-Unis d'Amérique, par exemple, l'accord-cadre risque en définitive de s'apparenter davantage à une liste de fournisseurs, ce qui exigerait des conditions de pleine concurrence dans la deuxième phase[38].

---

[37] Une disposition à cet effet est prévue à l'article 32-2 de la directive européenne 2004/18/CE ainsi que dans la législation malawienne.

[38] En effet, un tel arrangement pourrait être une condition impérative de présélection dans le cadre de l'article 7 de la Loi type.

62. Une solution envisageable à ces questions pourrait être de permettre l'admission à tout moment de nouveaux fournisseurs à l'accord-cadre et la révision permanente des offres, que le cahier des charges ait ou non été modifié, tout en prévoyant que le délai d'exécution dans la deuxième phase du processus d'attribution soit adapté aux fournisseurs initiaux et non aux nouveaux venus.

63. S'agissant de l'admission de fournisseurs à l'accord-cadre à l'issue de la première phase du processus d'attribution, une réglementation sera peut-être nécessaire pour faire en sorte que les fournisseurs initiaux ne soient pas désavantagés par rapport aux nouveaux venus et que ces derniers soient soumis à des critères de qualification identiques, de telle manière que tous les fournisseurs aient des chances de participation égales et pour éviter de les dissuader à long terme d'entrer sur le marché.

I. Note du secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services: questions liées à l'utilisation de listes de fournisseurs, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session

(A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Remarques générales	4-49
	A. Portée du sujet	4-6
	B. Types de listes	7-22
	1. Classement en fonction de l'effet de l'inscription	8-13
	2. Classement en fonction de l'objet	14-16
	3. Classement selon le degré de formalisme	17-18
	4. Classement en fonction du degré de centralisation et d'intégration	19-22
	C. Utilisation des listes de fournisseurs dans les procédures de passation de marchés	23-28
	1. Planification de la passation du marché	23
	2. Base de sélection des fournisseurs	24-25
	3. Qualifications des fournisseurs	26-28
	D. Problèmes que peut poser l'utilisation de listes de fournisseurs	29-39
	1. Exclusion	29-32
	2. Absence de transparence	33-34
	3. Fragmentation du marché	35-36
	4. Difficultés liées à la tenue des listes	37-39
	E. Portée de la réglementation	40-49
	1. Réglementation aux échelons national et international	40-46
	2. Mesures de contrôle imposées à l'utilisation des listes de fournisseurs	47-49

I. Introduction

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 (ci-après dénommée la "Loi type") est présenté aux paragraphes 5 à 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.41 dont le Groupe sera saisi pour examen à sa neuvième session.

2. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues préliminaire sur les dispositions de la Loi type révisée ou du Guide pour l'incorporation relatives aux listes de fournisseurs. Il est convenu qu'il conviendrait, dans le contexte de la révision de la Loi type, de reconnaître l'existence des listes de fournisseurs et de l'utilisation qui en est faite. Le Groupe de travail a remis un examen détaillé de cette question à une session future (A/CN.9/568, par. 61 et 67). À sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005), le Groupe de travail a décidé d'aborder la question des listes de fournisseurs à sa session suivante si le temps le permettait (A/CN.9/590, par. 10).

3. La présente note et son additif ont été établis en vue de faciliter l'examen de cette question par le Groupe de travail. La présente note contient des informations de caractère général sur l'utilisation des listes de fournisseurs et passe en revue les types de listes, l'utilisation qui en est faite lors des processus de passation de marchés, les problèmes que soulève l'utilisation de ces listes, la portée de la réglementation nationale et internationale et les mesures de contrôle imposées concernant l'utilisation de ces listes. L'additif décrit la situation établie par la Loi type en ce qui concerne les listes de fournisseurs, rappelle les travaux préparatoires pertinents, contient un résumé de l'examen de la question par le Groupe de travail à sa sixième session, en 2004, analyse les différentes possibilités de réforme que le Groupe de travail voudra peut-être examiner quant aux dispositions à insérer à propos de l'utilisation de listes de fournisseurs dans la Loi type révisée et/ou le Guide et contient des suggestions de rédaction sur ce point.

II. Remarques générales

A. Portée du sujet

4. Les listes de fournisseurs à l'examen sont celles qui sont établies en vue d'être utilisées comme répertoire commode d'informations au sujet des fournisseurs qui y figurent pour la passation de plus d'un marché. Qu'elles se présentent sur papier ou sous forme électronique, elles sont utilisées à différentes fins partout dans le monde. Les systèmes et méthodes électroniques de passation de marchés se sont développés et les utilisations de ces listes se sont multipliées aussi bien pour la passation de marchés qu'à d'autres fins, tandis que leur application et leur fonctionnement sont aujourd'hui plus efficaces et moins coûteux aussi bien pour les entités adjudicatrices que pour les fournisseurs.

5. Sont exclus de l'examen: i) les divers types de registres de professions et de métiers utilisés pour la certification et l'agrément d'entreprises se livrant à des activités commerciales au sens général ou opérant dans un secteur déterminé, de même que les listes de produits qui ont été certifiés comme répondant aux règles et normes

applicables (et par conséquent jugés appropriés en vue d'une acquisition par des entités publiques) et les listes semblables. Bien qu'elles soient liées à l'utilisation des listes de fournisseurs et au processus de passation de marchés[1], ces listes ne sont pas créées et ne sont pas utilisées spécifiquement à cette fin; ii) les listes de marchés qui ont pour but de consigner les activités de passation de marchés menées par des entités publiques pendant une période déterminée; bien que certaines d'entre elles puissent proposer des informations au sujet des fournisseurs participants, les données qui s'y trouvent n'ont pas principalement pour objet de servir à la passation de futurs marchés; iii) les listes de présélection et de qualification établies dans le contexte de la passation des marchés spécifiques; les critères d'inclusion sur ces listes dépendront plus directement du marché dont il s'agit et des besoins de l'entité adjudicatrice que dans le cas des listes de fournisseurs; ces listes sont tenues non pas en vue d'être utilisées, comme dans le cas des listes de fournisseurs, pour la passation de futurs marchés, mais seulement aux fins d'un marché spécifique en vue duquel elles sont expressément compilées; et iv) les listes utilisées dans le contexte de certaines procédures souples d'adjudication, comme les accords-cadres avec de multiples fournisseurs ou les systèmes d'achat dynamiques (voir les documents A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1).

6. La ligne de démarcation entre les listes de fournisseurs et ce dernier type de listes peut être ténue, spécialement si les conditions de l'arrangement intervenu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur ne sont pas définies avec précision et ne lient aucune des parties[2]. Néanmoins, dans toutes ces procédures souples d'adjudication, l'entité adjudicatrice établit normalement au moins les spécifications standard minimums et les conditions applicables à la passation de marchés futurs du même type et les parties conviennent, tout au moins, des conditions contractuelles minimums. En outre, dans le cadre de telles procédures, l'entité adjudicatrice est plus proche de l'attribution du marché que lorsqu'elle établit une liste de fournisseurs. La plupart des réglementations examinées (voir par. 40 à 46 ci-dessous), traitent les listes de fournisseurs et ces

---

[1] Les fournisseurs peuvent être tenus, pour prouver qu'ils remplissent les conditions requises pour être inscrits sur la liste, de produire une pièce attestant qu'ils sont inscrits au registre du commerce ou qu'ils sont titulaires d'une patente. Voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 32, lu dans le contexte des articles 36 et 37, de la loi relative aux marchés publics de l'Estonie (19 octobre 2000, modifiée le 19 novembre 2003) ainsi que le paragraphe 2-1 de l'article 31, lu dans le contexte de l'article 92, de la loi relative aux marchés publics (ZJN-1) de la Slovénie (5 mai 2000).

[2] Aux États-Unis, par exemple, certains accords-"cadres" permanents, appelés "contrats d'adjudications multiples", deviennent, essentiellement, des listes de fournisseurs: de tels accords sont conclus avec de nombreux entrepreneurs sans réel appel à la concurrence lors de l'attribution du marché (tout nouvel entrepreneur peut à tout moment s'associer au processus) en vue de l'acquisition d'une large gamme de biens et de services. L'obtention d'un contrat-cadre ne permet au fournisseur retenu que de compter sur une commande minimum garantie modeste; dans la réalité, selon le système du contrat-cadre, il y a une minimise au concours entre les fournisseurs lorsque les institutions adjudicatrices publient les nouveaux marchés prévus. Information communiquée au secrétariat par un consultant. Voir également Nash R.C., Schooner S.L., et O'Brien K.R. "The Government Contracts Reference Book", 428, deuxième édition, 1998. Pour un exemple plus détaillé du système appliqué aux États-Unis et des systèmes qui existent en Australie, au Canada et en Inde, voir également le document A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1.

procédures d'attribution des marchés comme des arrangements distincts dont chacun est soumis à des règles et des systèmes de contrôle différents. En fait, certains des textes examinés interdisent d'utiliser les procédures d'attribution des marchés pour établir des listes de fournisseurs, le but étant de veiller à ce que le contrôle exercé sur les listes de fournisseurs, en particulier sur leur publicité et sur le maintien de la possibilité pour les nouveaux fournisseurs de s'y faire inscrire (voir par. 47 à 49 ci-dessous), ne soit pas compromis[3].

B. Types de listes

7. Les listes de fournisseurs se distinguent les unes des autres par différents aspects clefs, mais surtout par l'impact que l'inscription sur une liste a sur la possibilité pour les fournisseurs de participer au processus de passation des marchés. Cet aspect, ainsi que le but en vue duquel les listes sont établies, ont à leur tour un impact direct sur le formalisme et la procédure d'utilisation des listes.

1. Classement en fonction de l'effet de l'inscription

8. Selon l'impact de l'inscription sur la liste sur la possibilité pour les fournisseurs de participer au processus de passation de marchés, les listes peuvent être obligatoires ou facultatives.

9. Les listes sont obligatoires lorsque seuls peuvent participer au processus d'attribution des marchés visés les fournisseurs qui y sont inscrits. Lorsque l'absence d'inscription sur la liste n'affecte pas les droits des fournisseurs de participer à la procédure d'attribution des marchés visés par la liste, les listes sont facultatives.

10. Dans certains systèmes, l'absence d'inscription n'affecte pas la possibilité pour les fournisseurs de participer au processus d'attribution des marchés visés par les listes en général, mais l'entité adjudicatrice peut, dans le dossier d'appel d'offres, subordonner la participation à la procédure d'attribution de marchés spécifiques à une inscription sur la liste[4]. L'entité adjudicatrice peut également exiger qu'un fournisseur soit inscrit sur la liste pour se voir attribuer un marché[5].

---

[3] Ces mesures de contrôle, cependant, sont estompées dans certains systèmes dans la mesure où ce sont les listes de fournisseurs qui sont publiées plutôt que tous les divers marchés couverts par la liste étant donné qu'en pareil cas les listes de fournisseurs se rapprochent davantage des procédures obligatoires restreintes, selon lesquelles l'entité adjudicatrice est tenue d'attribuer le marché à l'un des fournisseurs figurant sur la liste (voir par. 49). Pour un examen des différences entre les listes de fournisseurs et ces procédures souples d'attribution de marchés, voir Arrowsmith, S., "Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives: Part II", Public Procurement Law Review, 1999, n° 8, à partir de la page 161, et en particulier pages 172 à 180.

[4] Voir par exemple, pour l'Australie, la directive de gestion financière n° 13 concernant les procédures obligatoires de passation de marchés, janvier 2005, appendice A, page 58, disponible à l'adresse http://www.finance.gov.au/ctc/mandatory_procurement_procedur.html.

[5] Par exemple au Chili (conformément à l'article 16 de la loi 19.886 relative aux marchés publics, http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html).

11. Dans le cas des listes obligatoires, il se peut que l'entité adjudicatrice puisse ou doive, conformément à la loi ou à l'accord intervenu avec les fournisseurs inscrits, ne pas porter la passation d'un marché à la connaissance de fournisseurs non inscrits ou ne pas accepter leur participation. Selon d'autres systèmes, l'inscription peut être obligatoire pour pouvoir participer à la procédure de passation du marché, mais l'entité adjudicatrice est tenue de rendre publiques les listes et d'accepter la participation à la procédure d'autres fournisseurs qui n'y figurent pas sous réserve de certaines conditions, par exemple si de nouveaux fournisseurs peuvent raisonnablement se faire inscrire sur la liste en temps utile[6]. Dans certaines circonstances, les fournisseurs peuvent être exemptés de l'obligation de se faire inscrire[7].

12. Il peut exister dans un pays divers types de listes. L'inscription obligatoire est habituellement le cas pour pouvoir participer au processus de passation de marchés i) dans certains secteurs, le plus souvent dans celui des travaux publics[8], ii) pour l'acquisition de certaines catégories de biens, de travaux et de services[9], iii) lorsque certaines méthodes ou techniques, habituellement les soumissions électroniques[10], sont utilisées, iv) au-dessus d'un certain seuil de valeur et/ou v) lorsque le marché doit être attribué par certaines entités.

13. Dans la pratique, la différence entre les listes facultatives et les listes obligatoires est souvent plus claire. Même les listes qui sont censées être facultatives peuvent aisément devenir obligatoires dans la pratique si les invitations à soumissionner ne sont adressées qu'aux fournisseurs inscrits. Dans certains systèmes, par exemple, les appels d'offres restreints fondés sur des listes de présélection établies sur la base des listes de fournisseurs inscrits, même si celles-ci sont facultatives, sont la méthode

---

[6] Voir en particulier les articles VIII c) et X 3) de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (annexe 4 b) de l'Acte final du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales, disponible à l'adresse http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf): le nombre de fournisseurs supplémentaires autorisés à participer ne peut être limité que par des considérations liées au bon fonctionnement du processus de passation de marchés.

[7] En Colombie, par exemple, en vertu de l'article 42 de la loi 598, une exemption de l'obligation d'inscription est accordée en cas d'urgence. En Malaisie, une exemption peut être accordée dans certaines circonstances exceptionnelles, sous réserve du dépôt d'une caution. Au Maroc, les décrets réglementant les systèmes de qualification et de classement pour certains types de travaux et de services exemptent les fournisseurs non nationaux de l'obligation d'inscription (article 18 du décret n° 2-94-222 du 16 juin 1994, et article 19 du décret n° 2-98-984 du 22 mars 1999).

[8] Voir par exemple l'article 22 de la loi colombienne relative à la passation des marchés par l'administration publique (http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM, également appelée *Ley 80 de 1993*), et le paragraphe 2 de l'article 37 de la loi relative aux marchés publics de la Mongolie du 14 avril 2000.

[9] Voir par exemple le cas de l'Australie, où la souscription par les soumissionnaires de l'Endorsed Supplier Arrangement (ESA) est obligatoire pour les marchés d'acquisition par l'Administration centrale de matériel informatique et de matériel de bureau de grande valeur. Voir la directive de gestion financière n° 13, page 27, "An Example of a Multi-Use List: Endorsed Supplier Agreement".

[10] Il semble par exemple qu'au Chili et au Mexique tout fournisseur ou entrepreneur doive être inscrit sur une liste spécifiquement désignée pour participer aux procédures électroniques de passation des marchés en général par l'entremise de Chile Compra et de Compranet (http://www.compranet.gob.mx/), respectivement.

privilégiée pour la passation des marchés, ce qui signifie que, dans la pratique, un fournisseur ne peut traiter avec le secteur public que s'il est inscrit sur la liste[11].

2. Classement en fonction de l'objet

14. À une extrémité du spectre, l'on trouve les listes qui sont fréquemment de simples listes de publipostage, l'inscription ne reflétant aucune évaluation des qualifications des fournisseurs considérés comme pouvant participer au processus d'attribution de marchés: tous les fournisseurs qui s'intéressent aux marchés visés par la liste y sont inscrits mais leurs qualifications ne sont vérifiées que lors d'un appel d'offres déterminé. Dans le domaine électronique surtout, l'utilisation de listes d'inscription, sous une forme ou sous une autre, est dans une certaine mesure indispensable au fonctionnement, à la sûreté et à la sécurité des systèmes électroniques (par exemple pour que le système puisse identifier et enregistrer les fournisseurs potentiels, leur permettre d'accéder au site électronique sur lequel sont affichés les marchés, d'établir une différenciation entre ces droits, de communiquer avec des fournisseurs en leur envoyant des informations et/ou en vérifiant les informations reçues des fournisseurs).

15. À l'autre extrémité du spectre se trouvent les listes de fournisseurs qui ont essentiellement pour objet de faire un tri parmi les fournisseurs pouvant être appelés à participer au processus d'attribution de futurs marchés. Ce tri peut être plus ou moins intense et aller d'une évaluation initiale d'un minimum d'information concernant les qualifications des fournisseurs qui pourraient participer au processus d'attribution de marchés en général[12] à une présélection sur la base des critères ou de certains des critères auxquels les fournisseurs potentiels doivent répondre pour pouvoir participer au processus d'attribution des marchés par la liste[13]. Ces types de listes sont souvent appelées "listes de fournisseurs qualifiés" ou "listes de fournisseurs approuvés ou qualifiés".

---

[11] Voir, par exemple, Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Ouganda, vol. II, Main Findings and Recommendations, juin 2004, par. 130.

[12] Par exemple, les règles d'inscription pour l'utilisation du système Compranet au Mexique (http://www.compranet.gob.mx/), et du système CCR aux États-Unis http://www.ccr.gov/handbook.asp#info). L'obligation de fournir un minimum d'informations pour l'inscription sur les listes est également prévue, par exemple, en Argentine ainsi qu'à l'article 92 de la loi relative aux marchés publics de la République slovaque (loi n° 523/2003 du 24 octobre 2003 et loi portant modification de la loi n° 575/2001 relative à l'organisation des activités de l'État et à l'organisation de l'administration centrale de l'État). Les informations prévues par ces systèmes sont habituellement limitées aux informations essentielles concernant les fournisseurs (par exemple raison sociale, statut juridique, articles offerts, coordonnées).

[13] L'obligation de communiquer des informations plus détaillées est prévue, par exemple, au Brésil (article 35 de la loi n° 8.666 du 21 juin 1993), au Chili (article 94 de la loi 19.886), en Chine (article 5 du Règlement intérimaire relatif à l'enregistrement des qualifications des fournisseurs du Centre des marchés publics de l'État) et au Costa Rica (paragraphe 2 de l'article 59 du décret présidentiel du 6 mars 1996, "*Decretos Nº 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa*", disponible à l'adresse http://www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20gral%20de%20contratacion%20adva.html). Les critères appliqués à l'inscription, selon ces systèmes, peuvent porter sur l'expérience, les capacités techniques, financières et de gestion, l'organisation et la disponibilité de matériel, de personnel et de compétences du fournisseur.

16. Dans le domaine électronique, la distinction entre les listes de fournisseurs qualifiés et les simples listes d'enregistrement n'est pas toujours claire. Par exemple, certaines listes d'inscriptions électroniques qui ne seraient au début, en quelque sorte, qu'une rubrique des "pages jaunes" dans laquelle les fournisseurs sont indiqués et identifiés en fonction d'informations élémentaires, comme leur nom, leur adresse et les types de biens et de services qu'ils offrent, sont devenues des systèmes plus complexes. Certains d'entre eux sont liés à des répertoires et systèmes commerciaux, professionnels ou autres (en particulier les systèmes de paiement d'impôts et de cotisations à la sécurité sociale), qui permettent, lorsqu'un fournisseur est inscrit sur la liste, d'évaluer automatiquement, dans le même temps, au moins certaines données essentielles[14]. À mesure que la technologie évolue, d'autres fonctions plus complexes pourraient être intégrées aux listes électroniques de fournisseurs et permettre d'évaluer automatiquement d'autres types de qualifications, par exemple les résultats passés, et de classer les fournisseurs en conséquence[15].

3. Classement selon le degré de formalisme

17. L'inscription sur la liste peut se faire à la suite d'une demande formelle d'inscription par les fournisseurs potentiels, de l'évaluation de ces demandes par les institutions compétentes et l'approbation de l'inscription des fournisseurs potentiels qui ont satisfait aux conditions d'inscription et les ont acceptées (par exemple, dans le cas des systèmes électroniques de passation de marchés, les fournisseurs sont habituellement tenus d'accepter certaines règles de communication, de propriété, d'utilisation, de confidentialité et de sécurité de l'information ainsi que des dénis de responsabilité de la part de l'autorité chargée de l'inscription[16].

18. En revanche, certaines listes sont établies sans aucune demande formelle de la part des fournisseurs potentiels. De telles listes peuvent être établies de façon informelle par les entités adjudicatrices sur la base des informations dont elles disposent au sujet des fournisseurs ayant déjà participé à des procédures d'attribution des marchés ou sur la base des réponses fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels aux questionnaires qui leur ont été communiqués.

---

[14] Par exemple le SICAF au Brésil. Le Département des travaux publics et des transports des Philippines mentionne l'avantage que présente l'utilisation de listes à des fins statistiques ainsi que l'utilité que celles-ci présentent, en facilitant les contrôles, pour le recouvrement des impôts, des cotisations de sécurité sociale et des autres taxes dues à l'État (http://www.procurementwatch.org.ph//rules_related/related7.htm).

[15] Par exemple le Système électronique de passation des marchés publics aux Philippines (GEPS, http://www.procurementservice.net), qui fonctionne sur la base d'un registre de fournisseurs et qui comporte un mécanisme de "suivi des performances" (IRR-A, section 9.1.5). Au Brésil également, conformément au paragraphe 2 de l'article 36 de la loi n° 8.666, le registre mentionne la façon dont le fournisseur s'est acquitté de ses obligations. De même, à Hong Kong, le Bureau de l'environnement, des transports et travaux publics, qui tient une liste des entrepreneurs agréés, administre également un système de suivi des performances des entrepreneurs.

[16] Dans le cadre du système GEPS, aux Philippines, par exemple, la conclusion d'un accord avec le fournisseur fait partie intégrante du processus d'inscription. Voir http://www.procurementservice.net/English/SUPPLIER_Tc.asp?L=1.

4. Classement en fonction du degré de centralisation et d'intégration

19. Les listes peuvent être tenues de façon centralisée ou décentralisée. Dans les systèmes centralisés, la liste est tenue par l'autorité désignée pour les marchés passés à tous les niveaux de l'administration, qu'il s'agisse de l'administration ou des administrations locales. Dans les systèmes décentralisés, la liste tenue par l'administration centrale peut ne s'appliquer qu'aux marchés passés par elle tandis que les municipalités et autres entités adjudicatrices peuvent tenir des listes aux fins de leurs propres marchés[17] et peuvent exiger ou ne pas exiger l'inscription sur une liste centrale. Dans d'autres systèmes décentralisés, il n'existe aucun répertoire central. Il se peut que les listes soient tenues par plusieurs ministères au niveau de l'administration centrale, mais aussi par les autorités locales et différentes entités adjudicatrices. Il se peut également que des listes de fournisseurs soient tenues par des entités n'appartenant pas aux structures de l'administration publique, par exemple des chambres de commerce[18].

20. Une liste peut être établie à l'intention de plusieurs entités et, en pareille situation, il est habituellement exigé que ce fait et le nom des entités pouvant utiliser la liste soient rendus publics[19]. Les entités adjudicatrices qui ne tiennent pas leurs propres listes peuvent choisir celle qu'elles entendent utiliser parmi les listes qui existent[20]. Ce type de système est critiqué pour le motif que l'utilisation d'une liste arbitrairement choisie débouche fréquemment sur un favoritisme et d'autres abus.

---

[17] Au Brésil, par exemple, le SICAF est le registre central des fournisseurs pour les marchés du gouvernement fédéral, les autorités locales et les entités adjudicatrices étant autorisées à avoir leur propre liste. Au Chili également, les entités adjudicatrices ou celles qui acquièrent certains types de biens ou de services peuvent tenir d'autres registres sur papier ou sous forme électronique. En Chine, la certification des fournisseurs au niveau central est assurée par le Centre des marchés publics des autorités de l'État et, au plan local, par différentes autorités financières.

[18] Voir par exemple, en Colombie, l'article 22 de la *Ley 80 de 1993*, aux termes duquel le classement et la qualification de tous les soumissionnaires potentiels sont assurés par les chambres de commerce locales et peuvent être vérifiés par le gouvernement national. Voir également l'article 92 de la loi relative aux marchés publics de la Slovénie.

[19] Voir par exemple en Australie, la directive de gestion financière n° 13, pages 57 à 59; ainsi qu'en République slovaque le paragraphe 3 de l'article 28 de la loi relative aux marchés publics.

[20] Voir par exemple le cas du Costa Rica, où la législation autorise les entités adjudicatrices qui, en raison du volume de leurs marchés ou de leurs capacités, ne tiennent pas leurs propres listes à utiliser les différents répertoires (paragraphe 4 de l'article 59 des *Decretos Nº 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa*). En Estonie, le paragraphe 4 de l'article 37 de la loi relative aux marchés publics autorise l'entité adjudicatrice à utiliser une liste compilée par une autre entité dans la mesure où le système utilisé à cette fin est conforme aux exigences de l'entité qui veut utiliser cette liste ainsi qu'aux dispositions de la loi. En Slovénie, le paragraphe 2 de l'article 22 de la loi relative aux marchés publics autorise les entités adjudicatrices du secteur des services juridiques et publics à utiliser les listes de fournisseurs qualifiés établies par d'autres entités. En Ouganda, les listes sont tenues par le Ministère des travaux publics et par le Ministère de l'éducation, et les entités adjudicatrices peuvent choisir celles qu'elles entendent utiliser à leurs propres fins (voir Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Ouganda, vol. II, Main Findings and Recommendations, juin 2004, par. 137).

21. Les listes peuvent englober tous les types de marchés pour tous les secteurs de l'économie[21] ou ne concerner qu'un secteur spécifique (par exemple les travaux publics, les services, etc.) ou un type déterminé de biens, de travaux ou de services[22]. Lorsque la liste est limitée à certains secteurs, l'on constate fréquemment des répétitions ou des doubles emplois parmi les fournisseurs inscrits ainsi que dans les activités de certification des organes de tutelle des différents secteurs ou branches d'activités[23].

22. Depuis qu'il existe des systèmes électroniques de passation de marchés, un plus grand nombre de pays sont passés de systèmes de listes décentralisées et non intégrées à des systèmes centralisés et intégrés[24]. C'est cette dernière approche qui est également recommandée par les banques multilatérales de développement dans la mesure où elle permet de réaliser des économies, d'éviter les doubles emplois et d'assurer la cohérence des listes utilisées[25] ainsi que d'éviter aux fournisseurs d'avoir à remplir maintes fois les formalités d'inscription[26].

C. Utilisation des listes de fournisseurs dans les procédures de passation de marchés

1. Planification de la passation du marché

23. Les listes de fournisseurs peuvent refléter la conjoncture sur le marché et ainsi être utilisées pour préparer la procédure, par exemple pour choisir une méthode d'appel d'offres. Il se peut par exemple que les listes indiquent clairement, dès le début de la procédure, que seul un fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs

---

[21] Voir par exemple le SICAF au Brésil, comme prévu par la loi n° 8.666.

[22] À Singapour, par exemple, les registres centraux sont tenus par l'EPPU (biens et services en général), le Département des produits pharmaceutiques du Ministère de la santé (fournitures médicales et services de santé) et le Conseil de développement de l'industrie et de la construction (travaux publics et services de construction).

[23] Aux Philippines, par exemple, le Registre des entrepreneurs de travaux civils tenu par le Département des travaux publics et des transports, et une liste distincte par le Conseil de développement de l'industrie des travaux publics (DCAB), qui s'occupe du processus d'octroi de patentes, http://www.procurementwatch.org.ph//rules_related/related7.htm).

[24] Aux Philippines, par exemple, l'IRR-A (paragraphe 5.1 de l'article 8) prévoit l'intégration des registres électroniques existants tenus par les entités adjudicatrices au registre électronique établi pour appuyer le Système électronique de passation des marchés de l'État. En République de Corée, les multiples systèmes d'enregistrement ont été regroupés, et il n'existe plus qu'une méthode globale d'enregistrement dans le cadre du Système électronique de passation des marchés publics (GePS) "afin d'assurer l'efficacité et la transparence des marchés publics grâce à l'utilisation du Système électronique de passation de marchés de l'État" (information communiquée par la République de Corée au Groupe d'experts de l'APEC sur les marchés publics, réuni à Phuket (Thaïlande), du 15 au 16 août 2003, document APEC 2003/SOM111/GPEG/009, point 7 a) de l'ordre du jour).

[25] Cela est particulièrement le cas des systèmes décentralisés, mais aussi des systèmes centralisés étant donné qu'il importe de garantir la cohérence et d'éviter des doubles emplois entre les listes de fournisseurs et les différents registres de métiers et registres des patentes.

[26] Voir par exemple Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Chili, août 2004, en particulier les paragraphes 23, 37, 75 et 76 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/11/19/000012009_20041119095309/Rendered/INDEX/289140CL.txt).

détiennent les droits afférents aux biens ou aux services devant être acquis (par exemple brevets, copyrights ou autres droits exclusifs liés à l'invention technique ou à la création artistique), ce qui justifierait le recours à des appels d'offres restreints ou à la sollicitation d'offres sans appel à la concurrence.

2. Base de sélection des fournisseurs

24. En règle générale, les listes de fournisseurs peuvent être utilisées, dans le contexte des appels d'offres, comme listes de publipostage venant compléter d'autres moyens de sollicitation. Dans un pays au moins, le dossier peut subordonner la participation à l'appel d'offres ouvert à l'inscription préalable sur une liste de fournisseurs[27].

25. Dans le cas des appels d'offres non ouverts, les listes peuvent être utilisées comme moyen supplémentaire ou comme seul moyen de sélection des entrepreneurs ou des fournisseurs pouvant participer à la procédure de passation du marché[28]. En outre, lorsque seuls les fournisseurs titulaires d'une patente peuvent exécuter un marché, la procédure d'attribution du marché sera généralement menée sur la base d'une liste des fournisseurs agréés (approuvés)[29].

3. Qualifications des fournisseurs

26. Le fait qu'un fournisseur est inscrit sur la liste peut être invoqué, dans le contexte d'un marché spécifique, pour établir que l'intéressé réunit une ou plusieurs des qualifications exigées pour l'inscription[30]. Ainsi, l'inscription sur une liste de fournisseurs peut éliminer la nécessité de déterminer si les fournisseurs remplissent ou non les qualifications ou certaines des qualifications exigées pour participer à la procédure de passation de marchés spécifiques et ainsi compléter ou remplacer les étapes de vérification, a priori ou a posteriori, des qualifications des fournisseurs. Tel est l'un des avantages les plus fréquemment cités des listes de fournisseurs

---

[27] Voir par exemple, en Australie, la directive de gestion financière n° 13, p. 58, qui autorise cette formule si une entité adjudicatrice souhaite tirer parti à la fois des avantages qu'offre la concurrence résultant d'une mise au concours ainsi que des travaux d'évaluation déjà réalisés lors du processus de présélection précédant l'inscription sur la liste.

[28] S'il doit être passé un marché d'envergure limitée ou en cas d'urgence, par exemple, les listes de fournisseurs peuvent être la seule source, ou la plus rapide, permettant de sélectionner les fournisseurs qui seront invités à soumissionner ou à négocier sans appel d'offres public. Dans certains pays, ces listes sont également utilisées pour sélectionner les fournisseurs dans le cas de marchés de faible valeur, car cette formule est plus économique que des procédures d'appels d'offres plus formelles. À Singapour, par exemple, aux termes du paragraphe 120 des Procédures relatives aux achats et à la passation des marchés, le système Government Electronic Business (GeBIZ) est utilisé pour identifier les fournisseurs appelés à soumissionner pour les marchés d'une valeur inférieure à 50 000 dollars É.-U. qui n'exigent pas une procédure d'appel d'offres ouvert (sans devoir afficher publiquement leur soumission sur le site Web et le GeBIZ).

[29] Voir par exemple, en Australie, la directive de gestion financière n° 13, section 5-3, p. 24, et p. 27 "An Example of a Multi-Use List: Endorsed Supplier Agreement".

[30] Pour la discussion pertinente, voir Cour européenne de justice, affaires conjointes 27-29/86 ("CEI" et "Bellini"), 9 juillet 1987, [1987] ECR 3347; [1989] 2 CMLR 224. Voir également, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 36 de la loi relative aux marchés publics de l'Estonie et l'article 91 de la loi relative aux marchés publics de la République slovaque, qui établissent une présomption de qualification d'un fournisseur inscrit sur la liste pour un marché déterminé.

qualifiés, mais cela dépend de la question de savoir si les fournisseurs qui participent à la procédure de passation de marchés spécifiques ont ou non été inscrits sur la liste étant donné que, dans les listes facultatives, cet avantage est limité aux fournisseurs qui ont décidé de se faire inscrire et dépend de la mesure dans laquelle les qualifications des fournisseurs ont été évaluées lors de leur inscription ainsi que de la pertinence de ces évaluations dans le contexte du marché envisagé.

27. L'inscription sur une liste de fournisseurs peut suffire pour déterminer la mesure dans laquelle un fournisseur a les qualifications requises pour participer à une procédure de passation de marchés de routine portant sur des produits simples. Dans certains systèmes, une telle inscription remplace également la procédure de présélection individuelle pour des projets complexes et de grande envergure[31]. Dans d'autres, les informations générales sur les qualifications des fournisseurs qui demandent à se faire inscrire peuvent ne pas être suffisantes pour apporter la preuve de leurs qualifications ou de leurs capacités d'exécuter un marché déterminé. Si la participation à la procédure de passation du marché dépend d'un fait dont la preuve n'a pas eu à être apportée lors de l'inscription sur la liste, l'entité adjudicatrice peut exiger que ce fait soit établi. Il peut également être exigé, dans le contexte de la procédure de passation d'un marché spécifique, que les fournisseurs mettent à jour les informations qu'ils ont communiquées lors de leur inscription.

28. Dans certains pays, une déclaration sous serment du fournisseur attestant qu'il est dûment inscrit sur une liste suffit à établir cette inscription et à certifier les faits auxquels l'inscription a été subordonnée[32]. Le plus souvent, un certificat d'inscription en cours de validité fait foi et spécifie les informations que le fournisseur a communiquées à l'autorité compétente pour pouvoir se faire inscrire sur la liste ainsi que, le cas échéant, la classification attribuée[33].

---

[31] Il ressort par exemple des études menées par la Banque mondiale au sujet des procédures de passation des marchés de certains pays que la présélection, même si elle est prescrite par la réglementation en vigueur, est rarement le cas dans la pratique étant donné que, à toutes fins utiles, ce sont les listes de fournisseurs agréés qui, bien qu'elles ne soient pas réglementées, jouent ce rôle. Voir par exemple Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Uganda, vol. II, Main Findings and Recommendations, juin 2004, par. 129 et 139 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617.)

[32] Voir par exemple, en Argentine, l'arrêté ministériel n° 5 du 30 janvier 2004, disponible à l'adresse http://www.onc.mecon.gov.ar/paginas/inicio/downloads/Resolucion_5_2004.doc.

[33] Voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 36 de la loi relative aux marchés publics de l'Estonie. Les certificats peuvent être générés automatiquement par un système électronique ou délivrés par les autorités responsables de l'enregistrement. La durée de validité des certificats peut aller de quelques jours (ce qui est habituellement le cas s'ils sont générés automatiquement) à plusieurs mois ou à plusieurs années. Il se peut que le certificat doive être renouvelé chaque fois que l'inscription est mise à jour. Voir par exemple, au Brésil, paragraphe 1 de l'article 36 de la loi n° 8.666.

D. Problèmes que peut poser l'utilisation de listes de fournisseurs

1. Exclusion

29. L'utilisation de listes de fournisseurs peut considérablement limiter l'accès aux marchés et réduire la concurrence en excluant les fournisseurs qui ne sont pas inscrits. Ce risque existe surtout dans le cas des listes obligatoires, mais il peut surgir aussi dans le cas des listes facultatives étant donné que, comme indiqué ci-dessus (voir par. 13), la différence entre les listes obligatoires et les listes facultatives s'estompe fréquemment.

30. Selon les règles qui régissent l'inscription sur les listes et le degré de latitude dont jouissent les autorités qui en sont responsables, il se peut que les soumissionnaires qui seraient qualifiés pour le type de marché envisagé par la liste n'y figurent pas tous. Il arrive en effet que l'inscription sur les listes soit limitée aux meilleurs fournisseurs ou à ceux qui sont privilégiés par une autorité responsable. Il peut s'agir soit des fournisseurs qui offrent des prestations relativement meilleures que les autres au regard des critères généraux de modification (par exemple ceux qui ont le plus d'expérience) ou ceux qui ont plus de chance de soumettre les meilleures offres (par exemple ceux qui soumettent toujours des offres compétitives). Ce dernier critère d'inclusion est fort commun, les listes étant fréquemment compilées sur la base des performances passées des fournisseurs, ce qui conduit à exclure ceux qui sont considérés comme ayant été peu performants.

31. Une très large latitude peut également être accordée à l'autorité chargée de l'établissement de la liste pour ce qui est de pénaliser, notamment en les biffant de la liste ou en les mettant sur une "liste noire", les fournisseurs dont les services n'ont pas donné satisfaction ou qui ont été impliqués dans divers types d'irrégularités (comme corruption ou fraude). Dans certains cas, il est interdit aux sociétés ayant été biffées de la liste de redemander une inscription, et ce, pendant des périodes fort longues. De telles sanctions peuvent également être appliquées en cas d'inobservation d'autres obligations comme le paiement des cotisations à la sécurité sociale ou à l'assurance contre les accidents du travail ou des impôts[34]. Cependant, il arrive aussi qu'il n'y ait pas de contrôle suffisant et qu'il ne soit pas imposé de conditions détaillées, ce qui se traduit par des sanctions excessives, une discrimination entre fournisseurs et d'autres abus.

32. Il peut également y avoir différentes formes d'exclusion lorsque les fournisseurs ou entrepreneurs sont sélectionnés en vue d'un marché spécifique. Il arrive que les fournisseurs inscrits sur la liste ne soient pas tous sollicités pour l'attribution d'un marché déterminé et que des critères de qualification, normes ou conditions de procédure plus rigoureuses soient appliqués aux fournisseurs ne figurant pas sur la liste qu'à ceux qui, y étant inscrits, sont considérés comme qualifiés dans le contexte du marché en question.

---

[34] Tel est le cas par exemple en Malaisie, où les sanctions possibles sont notamment un avertissement, une suspension de l'inscription auprès du Conseil de développement de l'industrie et de la construction (CIDB) pour une période pouvant atteindre jusqu'à cinq ans et l'inscription sur une liste noire (voir Terms of Registration, disponible à l'adresse http://www.cidb.gov.my/main.php?cid=166).

2. Absence de transparence

33. Dans le contexte de la passation des marchés, ce sont les listes qui, contrairement aux apparences, ne sont pas utilisées de façon transparente qui risquent d'affecter le plus la concurrence. Tel est le cas notamment lorsque les caractéristiques essentielles des listes de fournisseurs ne sont pas toutes portées à la connaissance du public en général ou des fournisseurs intéressés.

34. C'est ainsi par exemple que les conditions qui peuvent déboucher sur une radiation de la liste ou sur l'inscription sur une "liste noire" sont rarement définies en détail. En outre, dans le cas des régimes de passation des marchés qui permettent de solliciter certains des fournisseurs inscrits sur la liste mais pas tous, les méthodes employées pour sélectionner les fournisseurs inscrits (roulement, ordre chronologique d'inscription sur la liste ou autres méthodes) sont rarement rendues publiques, de sorte que les possibilités de soumissionner sont inégalement réparties, contrairement aux principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination entre fournisseurs potentiels. Dans d'autres cas, il se peut qu'il n'ait été prévu aucun système de sélection mais que les entités adjudicatrices soient tenues, par exemple, de changer de fournisseurs aussi fréquemment que possible, ce qui, à toutes fins utiles, permet aux entités adjudicatrices de décider à leur gré des fournisseurs à solliciter en vue d'un marché déterminé[35].

3. Fragmentation du marché

35. L'utilisation de listes de fournisseurs qualifiés comme base de sélection des entrepreneurs ou fournisseurs pouvant participer à l'attribution d'un marché spécifique peut également entraîner une fragmentation du marché, de sorte que les marchés d'une valeur déterminée risquent d'être toujours attribués aux fournisseurs occupant la classification correspondante sur la liste. Les entrepreneurs inscrits sur les listes de fournisseurs qualifiés sont souvent classés selon leur capacité d'exécution, la valeur minimum des marchés auxquels ils s'intéressent, les biens et les services qu'ils offrent et d'autres considérations. Les systèmes de classement employés dans le cas de certaines listes vont encore plus loin et permettent d'établir des catégories de fournisseurs selon leurs qualifications techniques et économiques, leur rapidité d'exécution, la qualité, la quantité et le coût de leurs services, les modalités de paiement et d'autres critères[36]. Comme il arrive que des critères

---

[35] Voir par exemple Banque mondiale, Country Assessment Procurement Reports (CPAR), pour la situation dans certains pays comme le Malawi, l'Ouganda et la République-Unie de Tanzanie) à l'adresse: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20 &pcont= results&dt=540617.

[36] Au Brésil, par exemple, aux termes de l'article 36 de la loi n° 8.666, les fournisseurs inscrits sont rangés en différentes catégories selon leur spécialisation et chaque catégorie est ensuite divisée en groupes, selon la qualification technique et économique des fournisseurs. En Colombie, selon l'article 79 de la *Ley 80 de 1993* et le décret 856 de 1994, les chambres de commerce doivent tenir des registres classés selon la spécialisation, les groupes ou types de produits ou de services offerts, les marchés attribués et les montants alloués. Au Costa Rica, en vertu de l'article 2 du *Decretos nº 25113-h "Reglamento para la Utilización del Registro de Proveedores"* (http://www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20registro%20proveedores.html), le registre comprend des informations détaillées sur les biens et les services que chaque fournisseur a à offrir, le montant minimum des marchés auxquels les fournisseurs s'intéressent et les modalités de paiement, entre autres. En Malaisie, il existe sept niveaux pour chacune des trois catégories d'enregistrement

d'évaluation différents soient appliqués pour l'inscription des fournisseurs dans les diverses catégories prévues par la liste[37], la preuve de l'inscription conformément au système de classification utilisé est une preuve que les fournisseurs inscrits sont jugés, selon la catégorie dans laquelle ils ont été rangés, comme qualifiés pour l'attribution d'un marché. Dans certains systèmes, les fournisseurs inscrits dans une catégorie ne peuvent pas participer à un appel d'offres concernant un marché d'une autre catégorie[38].

36. En outre, la fragmentation du secteur peut être intensifiée par différentes politiques socio-économiques ou autres de l'État qui influent sur le fonctionnement des systèmes de listes (par exemple les programmes réservés) et qui peuvent avoir pour but: i) d'identifier les groupes cibles ayant besoin d'assistance ou pour lesquels des préférences ont été prévues et de permettre à ces groupes de déterminer les types d'assistance ou d'autres mesures dont ils peuvent bénéficier; ii) de faciliter l'attribution des marchés sur une base régionale; et iii) de remédier à des inégalités dans la répartition des ressources ou à des schémas discriminatoires. Dans le cas des programmes réservés visant à promouvoir le développement des petites entreprises, par exemple, il se peut que les entités adjudicatrices soient tenues de promouvoir dans toute la mesure possible la participation des petites et moyennes entreprises à la procédure de passation des marchés. Ainsi, on peut interdire aux entreprises rangées dans une catégorie supérieure de soumissionner pour l'attribution de marchés de moindre envergure pour les empêcher de toujours présenter des offres plus avantageuses que les petites entreprises et ainsi priver celles-ci de la possibilité de se voir attribuer un marché[39].

4. Difficultés liées à la tenue des listes

37. Il a été dit aussi qu'il est difficile, dans la pratique, de tenir des listes de fournisseurs qualifiés, en particulier que les informations concernant les

---

(travaux de génie civil, bâtiments et industries mécaniques et électriques) du registre tenu par le Conseil de développement de l'industrie et de la construction (CIDB) (http://www.cidb.gov.my/content.php?cid=166&11=0).

[37] Au Chili, par exemple, conformément à l'article 85 de la loi 19.886, chaque fournisseur est inscrit dans une catégorie spécifique ou dans un domaine déterminé, et le processus d'évaluation dépend de la catégorie ou du secteur visé. Aux termes de l'article 88 de la même loi, le renouvellement de l'enregistrement est soumis aux mêmes procédures, selon la catégorie ou le secteur.

[38] Voir par exemple, le paragraphe 5.1 de l'article 8 de la loi sur la réforme des marchés publics des Philippines, qui stipule qu'un fournisseur dûment enregistré dans le Système électronique de passation des marchés de l'État peut participer aux appels d'offres lancés par toute entité adjudicatrice si son enregistrement est valable et s'il est qualifié pour le type de marché envisagé.

[39] Voir par exemple les programmes réservés aux petites entreprises aux États-Unis: les marchés relevant de différentes fourchettes de valeurs ne peuvent être attribués qu'aux entreprises de dimension déterminée. En vertu de ce type d'approche, les marchés concernant des types spécifiques de produits peuvent être réservés exclusivement aux groupes bénéficiant d'un soutien. En Inde, par exemple, il est prévu que différents types d'articles ne peuvent être achetés qu'à la Khadi and Village Industries Commission, qui joue le rôle d'intermédiaire pour le compte des producteurs des communautés en question. Des programmes semblables existent en Afrique du Sud et en Indonésie (dans le cas des coopératives enregistrées). Informations communiquées au secrétariat par des consultants.

qualifications des fournisseurs reflétées dans la liste deviendront obsolètes[40] et feront l'objet de contestations et que les règles qui régissent l'utilisation de la liste apparaîtront soit comme extrêmement restrictives (et par conséquent comme limitant l'accès, la concurrence et la transparence), soit comme difficiles à appliquer et à administrer[41].

38. En outre, les listes peuvent entraîner des dépenses d'administration inutiles, parfois élevées[42], aussi bien pour les fournisseurs que pour les entités adjudicatrices lorsque des fournisseurs qui n'ont guère de probabilités de se voir attribuer un marché se font inscrire ou demandent à se faire inscrire. Par exemple, autoriser une libre inscription et simultanément appliquer des mesures de contrôle qui exigent de revoir constamment une longue liste de fournisseurs alors qu'un petit nombre d'entre eux seulement pourront commissionner pour un marché spécifique peut coûter fort cher. Toutefois, si la liste n'est pas constamment revue, les informations qui y figurent ou celles qui ont été présentées lors de l'inscription ne seront que d'une utilité douteuse dans la mesure où elles ne refléteront pas les capacités nouvelles qu'ont pu acquérir les fournisseurs potentiels ni les changements intervenus depuis l'inscription. De ce fait, l'on risque qu'un marché soit attribué à un fournisseur qui n'aurait pas les qualifications adéquates, ou bien que des fournisseurs qualifiés se trouvent exclus, particulièrement lorsque le secteur est fragmenté[43].

39. Dans certains pays, il est difficile aussi de suivre l'efficacité des différentes politiques socio-économiques et de politiques de réglementation des marchés qui affectent l'utilisation des listes et de modifier de telles politiques et de tels programmes ou de les abroger s'ils s'avèrent manquer d'efficacité.

---

[40] En Indonésie, le manque de fiabilité et de pertinence des qualifications imputé au système d'enregistrement a conduit à l'élaboration des nouvelles règles relatives à la passation des marchés (*Keppres 80/2003*) ainsi qu'à des références aux formalités d'enregistrement et de présélection qui caractérisaient le système précédent (*Keppres 18/2000*). Informations communiquées au Secrétariat par un consultant. Voir également, par exemple, Banque mondiale Country Assessment Procurement Report (CPAR): Paraguay, janvier 2003, par. 22 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617).

[41] Voir "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems", Comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE, Table ronde de la Banque mondiale, Paris, 22-23 janvier 2003, p. 3.

[42] En Chine, par exemple, les fournisseurs souhaitant se faire inscrire dans la base de données doivent déposer une caution de 10 000 RMB ¥ (environ 1 239 dollars É.-U. au taux de change en vigueur le 13 janvier 2006). Informations communiquées au secrétariat par un consultant. Voir également Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR): Ouganda, vol. I, Résumé, juin 2004, par. 17.

[43] Voir "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems", Table ronde OCDE/CAD-Banque mondiale, Paris, 22-23 janvier 2003, p. 3. Voir également Banque mondiale, Country Assessment Procurement Report (CPAR), Inde, décembre 2003, par. 5.9, et Indonésie, mars 2001 (disponible à l'adresse http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617). Entre autres problèmes relevés dans ce contexte par la Banque mondiale, il y a lieu de citer l'importance excessive qui est accordée aux documents présentés sans vérification adéquate, l'absence de sanction en cas d'affirmations erronées et les inscriptions sous différentes raisons sociales et au nom d'entreprises de dimension différente pour accroître la probabilité d'attribution d'un marché.

E. Portée de la réglementation

1. Réglementation aux échelons national et international

40. L'on trouve des dispositions réglementant l'utilisation des listes de fournisseurs dans des instruments aussi bien nationaux qu'internationaux. Du fait du risque de discrimination que peut entraîner l'utilisation de listes de fournisseurs pour les soumissionnaires étrangers[44], plusieurs accords bilatéraux et multilatéraux de libre-échange tendant, entre autres, à promouvoir l'ouverture et l'intégration du secteur des marchés publics ont cherché à résoudre ce problème.

41. L'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui se réfère dans ce contexte aux "listes permanentes de fournisseurs qualifiés"[45], reconnaît la possibilité d'utiliser des listes obligatoires ou facultatives de fournisseurs dans le cadre des procédures sélectives de passation des marchés. Cet accord impose un certain nombre de règles à cet égard. Dans le cas des procédures restreintes, lorsqu'un appel à la concurrence n'est pas approprié (par exemple en cas d'urgence), les règles de l'Accord concernant les listes de fournisseurs ne sont pas applicables[46].

42. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) autorise l'utilisation de listes de fournisseurs, conformément à des règles et à des régimes de contrôle très semblables à ceux prévus par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC[47]. Les

---

[44] Il a été constaté que les réglementations internes analysées contenaient différentes dispositions équivalant à des barrières non tarifaires au commerce international, par exemple la nécessité d'obtenir une autorisation du fisc national, des garanties bancaires locales, une personnalité juridique ou une présence physique locale, des arrangements de réciprocité ou des barrières linguistiques. Le Secrétariat a été informé par des consultants qu'au Brésil, par exemple, une société étrangère ne pouvait pas se faire inscrire sur la liste des fournisseurs sans adresse locale et sans présence locale. En outre, le fait que le registre est tenu exclusivement en portugais complique le processus d'inscription. Aux États-Unis, les fournisseurs étrangers se sont plaints officieusement de ce que certaines des données requises pour obtenir le CCR (numéro d'identification de Dun & Bradstreet ou le code CAGE affecté aux entreprises travaillant pour le Ministère de la défense) peuvent être difficiles à rassembler pour des entreprises étrangères. L'exigence d'une personnalité juridique locale et d'une présence physique locale est la règle en Chine (le Règlement concernant les normes minimums d'agrément des fournisseurs pour la passation de marchés publics de la Municipalité de Beijing, par exemple, stipule que les fournisseurs qui ne comparaissent pas au Centre des marchés publics de Beijing en vue de la révision annuelle de leur inscription sont automatiquement exclus de participation au processus d'attribution des marchés publics à Beijing). Une réciprocité est exigée, par exemple, en Chine, conformément à l'article 7 du Règlement provisoire concernant la participation des fournisseurs aux procédures de passation des marchés publics de la Région autonome de Guangxi Zhuang, ainsi qu'en Slovénie, en application du paragraphe 1 de l'article 92 de la Loi relative aux marchés publics.

[45] Voir l'annexe 4 b) de l'Acte final du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales, disponible à l'adresse http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf. Ces références aux listes se trouvent aux articles VIII à XI.

[46] Il semble que les entités adjudicatrices peuvent utiliser des listes obligatoires ou des listes facultatives pour ces procédures d'attribution des marchés non soumises à un contrôle. Pour une analyse détaillée, voir Arrowsmith S., "Government Procurement in the WTO", 2002, p. 237 à 241.

[47] Voir en particulier le paragraphe 2 de l'article 1011 de l'ALENA, qui permet d'utiliser les listes

Principes régissant les marchés publics dépourvus de caractère obligatoire adoptés sous l'égide de l'Organisation de coopération économique Asie-Pacifique ne contiennent guère de dispositions concernant spécifiquement cette question mais envisagent la possibilité d'établir "un répertoire de fournisseurs appropriés" sous réserve de certaines mesures spécifiques de contrôle et du respect des principes généraux de transparence, d'économie, de concurrence, d'équité, d'obligation redditionnelle, de régularité de la procédure et de non-discrimination[48].

43. Les directives de l'Union européenne (UE) relatives à la passation des marchés prévoient un régime dualiste, le régime applicable aux entités adjudicatrices de l'État étant plus rigoureux que celui qui s'applique aux entités du secteur des services d'utilité publique. Ces dernières, y compris celles qui appartiennent à l'État ou dans lesquelles l'État détient une participation, sont autorisées, conformément aux directives applicables de l'UE (directive 2004/17/CE), à utiliser les listes facultatives et obligatoires de qualification (la directive se réfère, dans ce contexte, aux "systèmes de qualification"), sous réserve de mesures de contrôle semblables à celles prévues par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC[49]. L'autre directive pertinente de l'UE (directive 2004/18/CE), applicable aux entités adjudicatrices de l'État, n'autorise les États membres qu'à introduire, à titre facultatif, des listes officielles d'"opérateurs économiques approuvés" et des systèmes de "certification". Elle réglemente l'accès aux marchés publics passés dans un État membre qui applique un tel système de liste ou de certification des fournisseurs d'un autre État membre qui ne figurent pas sur cette liste ou qui ne sont pas certifiés[50].

44. Plusieurs accords bilatéraux de libre-échange évoquent expressément la question des listes[51]. Tous subordonnent l'utilisation du système de listes aux principes généraux de transparence, d'objectivité et de non-discrimination et imposent à leur utilisation un certain nombre de mesures de contrôle explicites semblables à celles prévues par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC.

---

de fournisseurs sélectionnés pour les procédures d'appels d'offres restreints et le paragraphe 2 de l'article 1009 (concernant les mesures de contrôle).

[48] Voir en particulier le paragraphe 27 des Principes non obligatoires à l'adresse http://www.apec.org/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html.

[49] Voir l'article 53 de la directive 2004/17/EC du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134, 30 avril 2004, p. 1, également disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

[50] Voir l'article 52 de la directive 2004/18/EC du Parlement européen et du Conseil en date du 31 mars 2004 (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134, 30 avril 2004, p. 114, également disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

[51] Voir par exemple les paragraphes 4 et 5 de l'article 15,7 du chapitre 15 de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis d'Amérique; le paragraphe 3 de l'article 9.8 du chapitre 9 de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis d'Amérique; l'article 57 de l'Accord de libre-échange entre les États de l'Association européenne de libre-échange (AELE) et le Chili; les articles 144 à 147 de l'Accord d'association entre l'Union européenne et le Chili; et le paragraphe 7 de l'article 15 de l'Accord de libre-échange entre la République de Corée et le Chili. Tous ces instruments sont disponibles à l'adresse http://www.sice.oas.org/Trade.

Certains d'entre eux appliquent aux parties, par voie de référence, les dispositions pertinentes de cet accord ou d'instruments régionaux (par exemple l'ALENA)[52].

45. Les banques multilatérales de développement n'admettent pas, dans le cadre des procédures d'appels d'offres internationaux, que les fournisseurs doivent obligatoirement être inscrits sur une liste. Ces banques et les autres institutions internationales qui s'occupent de la réforme des marchés publics dans les pays où elles opèrent, comme l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)[53], s'accordent généralement à considérer que subordonner la participation à la procédure de passation des marchés à l'inscription des soumissionnaires sur une liste n'est pas une pratique opportune. Dans les pays où existe le système d'inscription, ces institutions recommandent qu'il soit découplé de tous les aspects de la présélection des fournisseurs autorisés à soumissionner. Selon elles, le mieux est d'appliquer un système de préqualification au cas par cas lorsque cela est nécessaire pour des marchés de très grande envergure ou très complexes, ce processus étant habituellement onéreux, lourd et long aussi bien pour les entités adjudicatrices que pour les fournisseurs. Dans les autres cas, il convient d'appliquer un système de post-qualification pour déterminer si le fournisseur retenu remplit les conditions et a les qualifications requises pour exécuter un marché déterminé. Ces principes et d'autres règles concernant l'utilisation de la liste des fournisseurs ont été reflétés dans les règles et normes internationales applicables aux systèmes de marchés publics dans les pays membres adoptés par l'OCDE et la Banque mondiale[54].

46. Les réglementations nationales concernant les listes de fournisseurs qui ont été analysées aux fins de la présente étude sont celles de différents pays d'Afrique (Afrique du Sud, Maroc, Ouganda et République-Unie de Tanzanie) et d'Asie (Chine, Inde, Indonésie, Malaisie, Mongolie, Philippines, République de Corée et Singapour), de l'Australie, du Canada, de pays d'Amérique latine (Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica et Mexique) et d'Europe orientale (Bulgarie et Serbie-et-Monténégro), de quelques pays de l'UE (Autriche, Estonie, République slovaque et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) ainsi que des États-Unis.

2. Mesures de contrôle imposées à l'utilisation des listes de fournisseurs

47. La plupart des réglementations analysées ont pour but de réduire les risques liés à l'utilisation des listes, et en particulier les restrictions que leur utilisation peut représenter pour la concurrence, ainsi que les risques de corruption, de collusion des

---

[52] Voir par exemple le paragraphe 1 de l'article 6 du chapitre 6 de la troisième partie de l'Accord de libre-échange entre le Canada et Israël; le paragraphe 3 de l'article 13 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et Singapour; et l'article 61 et l'annexe XVIII de l'Accord de libre-échange entre les États de l'AELE et le Mexique. Tous ces instruments sont disponibles à l'adresse http://www.sice.oas.org/Trade.

[53] Pour les activités de l'OCDE dans le domaine des marchés publics, voir "Public Governance and Management", sur le site Web de l'OCDE à l'adresse http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37405_1_1_1_1_37405,00.html.

[54] Voir "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems", Table ronde OCDE/CAD-Banque mondiale, Paris, 22-23 janvier 2003, p. 3. Disponible à l'adresse http://www.oecd.org.

fournisseurs, de protectionnisme et de favoritisme. Certaines des réglementations analysées subordonnent l'utilisation de telles listes à des principes généraux comme la transparence, la non-discrimination et l'absence de restriction de la concurrence, mais d'autres y ajoutent un certain nombre de mesures de contrôle. Le degré de contrôle peut dépendre de facteurs comme l'entité qui utilise les listes de fournisseurs[55] et le type de liste (les listes obligatoires faisant l'objet de mesures de contrôle plus rigoureuses et plus détaillées que les listes facultatives).

48. Les mesures de contrôle les plus communes spécifient les conditions dans lesquelles doivent être utilisées les listes de fournisseurs[56] et imposent: i) une approche ouverte pour l'établissement de la liste; ii) la publicité continue des listes, des règles régissant leur utilisation, des critères appliqués pour l'inscription et la radiation et des amendements à cet égard; iii) l'application pour l'inscription sur la liste de critères objectifs, non discriminatoires, transparents et proportionnés qui soient évalués sur une base objective; iv) un libre accès aux listes à tout moment; v) une mise à jour périodique, y compris par l'imposition de délais de validité des données figurant sur les listes; et vi) une procédure régulière (notification appropriée des décisions concernant l'inscription sur les listes, la radiation des listes, fixation de délais raisonnables pour l'adoption des décisions et existence de mécanismes de recours appropriés)[57].

---

[55] Aux termes de l'Accord de l'OMC relatif aux marchés publics, par exemple, l'utilisation des listes par les entités du gouvernement central énumérées à l'annexe 1 de l'Appendice I est subordonnée à des contrôles plus rigoureux que si ces listes sont utilisées par des entités ne relevant pas de l'administration centrale énumérées à l'annexe 2.

[56] Dans certains pays, l'utilisation de listes de fournisseurs qualifiés n'est autorisée que dans des cas exceptionnels et doit être justifiée et approuvée. Aux États-Unis, par exemple, aux termes de la disposition 9.202 du FAR, l'attribution du marché doit, s'il est utilisée une liste de fournisseurs qualifiés, être justifiée par écrit par le responsable de l'entité adjudicatrice. À Hong Kong également, ce sont différentes institutions centrales, comme le Secrétaire permanent à l'environnement, aux transports et aux travaux publics, qui sont habilitées à approuver l'établissement de listes et les critères de vérification applicables aux listes et leurs révisions. Les entités qui sollicitent cette approbation doivent fournir des justifications et des informations concernant l'origine des fournisseurs potentiels, les critères de qualification, le jury d'évaluation et la méthode d'évaluation. Fréquemment, la réglementation limite le nombre d'entités autorisées à utiliser les listes obligatoires. Voir par exemple l'Accord sur les marchés publics de l'OMC et les directives de l'UE relatives à la passation des marchés. Dans certains pays, l'utilisation des listes est limitée à certains secteurs, à certains types de marchés ou à certaines modalités de passation des marchés.

[57] Toutes ces règles, ou certaines d'entre elles, se trouvent par exemple aux articles VIII à X de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC; en Australie, dans la Directive de gestion financière n° 13, p. 56 et 57; en Autriche, au paragraphe 8 de l'article 129 de la loi de 2002 relative à l'attribution des marchés d'achats; au Brésil, au paragraphe 1 de l'article 34 de la loi n° 8.666; au Chili, à l'article 97 du décret d'application de la loi 19.886 (http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html); en Chine, à l'article 12 du Règlement provisoire du Centre des marchés publics des autorités de l'État concernant l'enregistrement des qualifications des fournisseurs; en Colombie, dans la loi 598; au Costa Rica, au paragraphe 3 de l'article 59 du *Decretos Nº 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa*; en République tchèque, au paragraphe 2 de l'article 76 et à l'article 77 de la loi relative aux marchés publics; à Hong Kong, dans le Règlement relatif aux procédures de passation de marchés publics (chapitre III du Stores and Procurement Regulations, section 320 c)); au paragraphe 3 de l'article 41, au paragraphe 5 de l'article 49 et à

49. Selon certains systèmes, la notification de l'existence de la liste de fournisseurs vaut notification de tous les marchés visés par la liste. En pareil cas, cela doit habituellement être expressément stipulé dans l'avis concernant l'établissement de la liste[58]. L'Accord sur les marchés publics de l'OMC le permet pour les entités énumérées aux annexes 2 et 3 de son Appendice I (principalement entités et sociétés des services d'utilité publique locales et provinciales) mais pas pour celles figurant à l'annexe 1 (majorité des entités centrales ou fédérales, sauf pour certaines entités qui opèrent dans le secteur des services d'utilité publique et de certaines entreprises d'État dans d'autres secteurs) qui sont tenues de publier un avis distinct pour chaque marché. De même, l'ALENA autorise ce processus pour les entités énumérées dans ses annexes 1001.1a-2 et 1001.1a-3 (entreprises d'État et entités provinciales et locales), mais pas pour les entités du gouvernement central ou fédéral[59]. À la différence de la directive de l'UE relative aux marchés publics (2004/18/CE), qui ne permet pas l'utilisation de telles listes par les entités sujettes à cette directive, la directive de l'UE relative à la passation de marchés dans le secteur des services d'utilité publique (2004/17/CE) permet aux entités du secteur public de faire savoir qu'elles utilisent un système de qualification plutôt que de devoir publier les marchés spécifiques couverts par le système et stipule qu'en pareil cas la sélection des fournisseurs pouvant soumissionner pour l'attribution d'un marché déterminé doit être limitée à ceux qui figurent sur la liste[60]. Les règles et normes de l'OCDE et de la Banque mondiale concernant la passation des marchés internationaux prévoient que la publication d'une liste ne doit pas être considérée comme une garantie suffisante d'une concurrence ouverte, ce qui peut signifier qu'une telle procédure est acceptable dans le cas de procédures restreintes.

---

l'article 53 ainsi qu'à l'annexe XIV de la directive 2004/17/CE de l'UE, et au paragraphe 6 de l'article 52 de la directive 2004/18/CE de l'UE; en Lettonie, au paragraphe 5-1 de l'article 7 de la loi relative aux marchés publics; en Mongolie, à l'article 37 de la loi relative aux marchés publics; en Serbie, à l'article 53 de la loi relative aux marchés publics; en République slovaque, à l'article 28 de la loi relative aux marchés publics; et, aux États-Unis, aux dispositions 9.202 a) 2), 9.204a), c) et d) et 205 du FAR.

[58] Voir par exemple le paragraphe 9 e) de l'article IX de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC et le paragraphe 6 de l'annexe XIV de la directive 2004/17/CE de l'UE.

[59] Paragraphe 5 de l'article 1010 de l'ALENA.

[60] Voir par exemple le paragraphe 9 de l'article 53 de la directive 2004/17/CE de l'UE.

A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – questions découlant de l'utilisation des listes de fournisseurs

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

[Les chapitres Ier et II sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.I/WP.45]

		Paragraphes
III.	Modifications pouvant être apportées à la Loi type et au Guide pour l'incorporation concernant l'utilisation des listes de fournisseurs: possibilités de réforme	1-29
A.	Position de la Loi type concernant les listes de fournisseurs	1-9
1.	Historique de la rédaction de la Loi	1-5
2.	Situation dans la Loi type	6-9
B.	Examen de la question à la sixième session du Groupe de travail (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)	10-11
C.	Possibilités de réforme	12-29
1.	Considérations générales	12-17
a)	Listes obligatoires ou facultatives ou les deux	12-13
b)	Avis de constitution de listes en lieu et place d'avis de marchés	14-15
c)	Conditions d'utilisation des listes	16-17
2.	Propositions rédactionnelles	18-29
a)	Loi type	18-28
b)	Guide pour l'incorporation	29

III. Modifications pouvant être apportées à la Loi type et au Guide pour l'incorporation concernant l'utilisation des listes de fournisseurs: possibilités de réforme

A. Position de la Loi type concernant les listes de fournisseurs

1. Historique de la rédaction de la Loi

1. La Loi type ne contient aucune disposition expresse sur l'utilisation des listes de fournisseurs. Lorsqu'elle a été rédigée, le Groupe de travail d'alors était convenu qu'il fallait réduire au minimum les conditions d'aptitude excluant certains types

d'entreprises des appels d'offres et qu'une entité adjudicatrice ne devrait pouvoir appliquer que les conditions expressément énoncées dans la loi type. Il était aussi convenu de réduire au minimum les procédures et formalités d'établissement par l'entité adjudicatrice de l'aptitude des fournisseurs ou entrepreneurs à participer à une procédure de passation de marchés[1].

2. La première version du projet du secrétariat prévoyait une disposition sur l'utilisation des listes de fournisseurs (article 13)[2]. Le projet d'article était libellé comme suit:

"Article 13. *Listes d'entrepreneurs et fournisseurs agréés*

L'entité adjudicatrice ne peut se fonder sur une liste d'entrepreneurs et fournisseurs agréés pour sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs auprès desquels elle sollicitera des offres en application de l'article 12-2 que si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les demandes d'inscription sur la liste sont recevables à tout moment de tout entrepreneur ou fournisseur intéressé et il y est donné suite dans un délai raisonnable;

b) L'inscription sur la liste n'est soumise à aucun critère d'aptitude plus strict que ceux qui sont énoncés à l'alinéa a) de l'article 8-1, non plus qu'à aucun critère de qualification plus strict que ceux qui sont établis conformément à l'article 15;

c) L'existence de la liste, les conditions auxquelles doivent satisfaire les entrepreneurs et fournisseurs pour y être inscrits, les méthodes utilisées pour vérifier que chacune de ces conditions est remplie, la durée de validité d'une inscription sur la liste et les procédures d'inscription et de renouvellement ont fait l'objet d'une large publicité de manière à être portées à l'attention des entrepreneurs et fournisseurs;

d) Les conditions, méthodes, procédures et autres questions visées à l'alinéa c) ne sont pas source de discrimination à l'encontre des entrepreneurs et fournisseurs étrangers en ce qui concerne l'inscription sur la liste utilisée pour la sollicitation d'offres dans une procédure d'appel d'offres international

---

[1] Voir A/CN.9/315, par. 36 et 37, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A.

[2] Cet article a été inséré dans la première version du projet à la suite d'un examen controversé de la question à la dixième session du Groupe de travail d'alors (Vienne, 17-25 octobre 1988). À cette session, il a été dit, d'un côté, que la loi type ne devrait pas traiter de la question des listes d'agrément puisque ces dernières n'étaient dans la pratique utilisées que lors de la passation de marchés nationaux et étaient parfois utilisées de façon abusive pour exclure certains entrepreneurs ou fournisseurs ou certains pays. D'un autre côté, l'avis qui a prévalu a été que les listes étaient utilisées dans les marchés internationaux et qu'elles devraient être traitées dans la loi type. Il a été noté qu'elles pourraient être utiles aux entités adjudicatrices en leur permettant de recenser les entrepreneurs et fournisseurs compétents de bonne réputation. On a objecté que l'entité adjudicatrice avait à sa disposition d'autres moyens, prêtant moins à abus, de recenser de tels entrepreneurs ou fournisseurs. Voir A/CN.9/315, par. 44, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A.

ou pour ce qui est des possibilités qui leurs sont offertes de participer à une telle procédure; et

e) La sélection opérée par l'entité adjudicatrice sur la base de la liste est équitable pour tous les entrepreneurs et fournisseurs inscrits sur la liste"[3].

3. Comme il a été expliqué dans le commentaire se rapportant à cet article: i) celui-ci concernait l'utilisation de listes pour sélectionner les entrepreneurs et fournisseurs qui participeraient à une procédure d'appel d'offres restreint; ii) un certain nombre de conditions étaient imposées dans le but de veiller à ce que l'entité adjudicatrice ait suffisamment de candidats parmi lesquels faire un choix pour accroître ses chances de trouver l'entrepreneur ou le fournisseur convenant le mieux pour le marché et à ce que l'utilisation de cette liste n'empêche pas une concurrence réelle ou n'exclue pas injustement certains entrepreneurs et fournisseurs; et iii) l'application de l'article n'avait pas été étendue à la procédure d'appel d'offres ouvert, dans laquelle ces listes faisaient parfois partie des autres moyens dont disposait l'entité adjudicatrice pour assurer une large publication des possibilités de marché et, de ce fait, ne présentaient pas les mêmes risques que dans une procédure d'appel d'offres restreint[4].

4. À la onzième session du Groupe de travail d'alors (New York, 5-16 février 1990), seule occasion à laquelle le projet d'article 13 a été examiné, des doutes ont été émis sur l'utilité et la nécessité de ce projet d'article si la liste ne devait pas obligatoirement être utilisée, ou si la possibilité existait de solliciter des offres auprès d'entrepreneurs et de fournisseurs qui n'y figuraient pas, questions qui étaient laissées ouvertes dans le projet. À cette session, on a exprimé l'avis que le recours à des listes d'entrepreneurs et de fournisseurs pour la sollicitation d'offres était de moins en moins fréquent et ne devait, en tout état de cause, pas être encouragé, car ces listes pourraient être utilisées de façon telle que certains entrepreneurs et fournisseurs seraient victimes de discrimination. À l'appui du maintien de l'article, on a fait valoir qu'il pourrait servir à éliminer les incertitudes sur le point de savoir si une entité adjudicatrice pouvait ou non avoir recours à de telles listes et contribuer à l'équité et à la transparence en ce qui concerne leur utilisation[5].

5. Le projet d'article a été supprimé lors de l'élaboration de la deuxième version du projet de Loi type. La décision du Groupe de travail de ne pas traiter les listes de fournisseurs a par la suite suscité des objections de la part de certains États et spécialistes de la passation des marchés, qui se sont inquiétés de l'absence de dispositions sur la question dans la Loi[6].

---

[3] Voir A/CN.9/WG.V/WP.24, article 13, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, B.

[4] Voir A/CN.9/WG.V/WP.25, par. 1 du commentaire sur l'article 13, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, C.

[5] Voir A/CN.9/331, par. 62, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A.

[6] Voir A/CN.9/WP.376, commentaires de l'Australie, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV:1993 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, D. Voir aussi: Arrowsmith S., "Harmonization of Public Procurement: an Appraisal of the

2. Situation dans la Loi type

6. Les critères, conditions et procédures de vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent posséder pour être admis à participer à une procédure de passation sont énoncés à l'article 6 de la Loi type[7]. Le paragraphe 3 de cet article dispose que l'entité adjudicatrice n'impose, concernant cette participation, aucun "critère, condition ou procédure" autres que ceux prévus dans l'article.

7. L'article 6 ne mentionnant pas l'inscription sur une liste parmi les conditions à remplir par les fournisseurs ou entrepreneurs pour participer à la procédure de passation, il s'ensuit que les listes obligatoires sont interdites par la Loi type. En revanche, rien n'empêche les entités adjudicatrices d'utiliser des listes facultatives, dont la création et l'utilisation sont implicites dans le cadre des procédures de passation avec sollicitation directe.

8. La sollicitation directe est autorisée par la Loi type dans les cas non seulement de négociation avec appel à la concurrence (article 49), de sollicitation de prix (article 50) et de sollicitation d'une source unique (article 51), mais aussi de sollicitation de propositions, y compris pour des services (articles 37-3 et 48-2), où il peut être dérogé à l'exigence de publicité pour des raisons d'économie et d'efficacité. Dans ces méthodes de passation, il est courant de recourir à des listes, tant obligatoires que facultatives, pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui dans certains cas peut effectivement être utile et nécessaire pour garantir transparence et équité dans le choix des fournisseurs pour un marché particulier. Lorsque la publication d'un avis de marché n'est pas exigée et que l'utilisation des listes n'est soumise à aucun contrôle, le recours aux listes pour recenser des fournisseurs en vue de ces procédures pourrait conduire dans la pratique à l'exclusion, de fait, des fournisseurs non inscrits, même si l'inscription ne peut pas être une condition formelle de participation au sens de l'article 6. Ainsi, bien que les listes soient officiellement facultatives, elles produisent l'effet d'une liste obligatoire, car les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels devraient y figurer

---

UNCITRAL Model Law as a Global Standard", International and Comparative Law Quarterly, 2004, vol. 53, n° 1, p. 17 à 46.

[7] À l'origine, le projet comportait deux articles, 8 et 9, portant respectivement sur les conditions d'aptitude (exigences légales de base) et sur les qualifications pour un marché donné. Il a été décidé de les fusionner car ils traitaient essentiellement du même thème, à savoir l'évaluation par l'entité adjudicatrice de la capacité des entrepreneurs à exécuter le contrat. Pour l'historique de la rédaction de l'article 6, voir A/CN.9/315, par. 35 à 41, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XX:1989 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.90.V.9), deuxième partie, II, A; A/CN.9/331, par. 45 à 54 et 66 à 71, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI:1990 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.91.V.6), deuxième partie, II, A; A/CN.9/343, par. 93 à 110, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXII:1991 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.2), deuxième partie, II, A; A/CN.9/359, par. 55 à 63, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIII:1992 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.7), deuxième partie, III, C; A/CN.9/371, par. 54 à 62, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXIV:1993 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.16), deuxième partie, I, A; A/CN.9/389, par. 28 et 29 et 84 à 89, reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV:1994 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), deuxième partie, I, A; et A/CN.9/392, par. 32 à 37, reproduit dans ibid., C.

afin d'être pris en considération pour les marchés dans lesquels sont utilisées de telles listes.

9. Le mécanisme consistant à publier des invitations à présenter une demande d'inscription sur la liste en lieu et place des avis de marchés (voir A/CN.9/WG.I/WP.45, par. 49) ne serait pas autorisé par la Loi type lorsqu'une publicité est exigée pour chaque marché, ce qui est le cas dans la procédure d'appel d'offres ouvert ou en deux étapes (l'article 24 et l'article 46-1 par référence à l'article 24 font obligation aux entités adjudicatrices de publier une invitation à soumettre une offre ou une invitation à présenter une demande de présélection pour chaque marché) et dans la procédure d'appel d'offres restreint (l'article 47-2 exige que les entités adjudicatrices fassent publier un avis pour chaque appel d'offres). Dans d'autres méthodes de passation, où la sollicitation directe est possible, les entités adjudicatrices sont libres de publier un avis signalant l'existence de la liste en lieu et place d'un avis pour les différents marchés couverts par la liste, car, en pareil cas, aucune publicité n'est exigée pour chaque marché.

B. Examen de la question à la sixième session du Groupe de travail (Vienne, 30 août-3 septembre 2004)

10. Le Groupe de travail a été saisi de la question à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004). À cette occasion, il a reconnu que les listes de fournisseurs, qu'elles soient ou non considérées comme conformes aux buts et objectifs de la Loi type, étaient utilisées dans divers États. Il est convenu qu'il serait approprié de prendre acte de leur existence et de leur utilisation et de soumettre leur fonctionnement à des normes de transparence minimales. L'objectif serait de poser des règles permettant d'assurer aux fournisseurs un accès plus équitable et plus transparent aux listes et de parvenir à une certaine harmonisation dans la réglementation des listes avec d'autres régimes de passation régionaux et internationaux traitant de la question. Par ailleurs, il a été convenu que la réglementation des listes de fournisseurs pouvait permettre d'obtenir un moyen de sélection transparent et non discriminatoire dans les procédures restreintes, pour lesquelles les modalités de sélection ne faisaient l'objet d'aucune disposition dans la Loi type (A/CN.9/568, par. 61).

11. Le Groupe de travail ne s'est pas mis d'accord sur des possibilités de réforme ni sur le point de savoir si des dispositions sur la question devraient être insérées dans la Loi type elle-même ou dans le Guide pour l'incorporation (ou si, dans certains cas, le soin devait être laissé à chaque État de les inclure dans leurs règlements d'application) et il a décidé d'examiner la question à une session ultérieure. Néanmoins, il s'est dit très favorable à l'utilisation de listes facultatives plutôt qu'obligatoires et est convenu que la possibilité devrait être donnée à tous les fournisseurs: i) de prendre connaissance des listes; ii) de demander leur qualification à tout moment; iii) d'être inscrits sur la liste dans un délai raisonnablement court (de manière que des retards injustifiés n'aient pas pour effet de limiter la concurrence); et iv) d'être avisés de toute décision d'annuler une liste ou de les exclure d'une liste. Il a été convenu que l'obligation de publier un avis signalant l'existence de listes serait un autre moyen efficace de contrôler leur utilisation et que, de ce fait, ce type d'avis devrait être publié avec une fréquence raisonnable ou de manière régulière. Le Groupe de travail est par ailleurs convenu

d'étudier, lorsqu'il examinerait plus avant la question, toute forme d'inscription fonctionnant de fait comme une liste de fournisseurs (y compris les inscriptions auprès de tiers) (A/CN.9/568, par. 62 à 67).

C. Possibilités de réforme

1. Considérations générales

a) Listes obligatoires ou facultatives ou les deux

12. Notant qu'une référence explicite aux listes de fournisseurs dans la Loi type pourrait indiquer une approbation de leur utilisation qui irait plus loin que celle que souhaiterait exprimer le Groupe de travail, ce dernier décidera peut-être de prévoir, à titre de règle générale dans la Loi, leur utilisation facultative sans pour autant exclure un recours obligatoire dans certaines circonstances. Par exemple, l'analyse des coûts et des avantages pourrait faire pencher la balance en faveur de listes obligatoires dans les méthodes de passation avec sollicitation directe. Le fait d'imposer l'utilisation de listes à une entité adjudicatrice dans ces méthodes de passation, sous réserve de conditions adaptées et de la possibilité pour de nouveaux fournisseurs de s'y inscrire à tout moment, pourrait apporter plus de transparence dans la sélection des fournisseurs et entrepreneurs, laquelle dans les dispositions actuelles de la Loi type est laissée à la discrétion des entités adjudicatrices. Si le recours aux listes demeure facultatif, la latitude dont disposera l'entité adjudicatrice pour choisir le mode de sélection des fournisseurs ou entrepreneurs dans ces méthodes de passation restera illimitée. L'utilisation obligatoire de listes pourrait aussi être justifiée voire nécessaire dans d'autres cas, par exemple pour les enchères électroniques.

13. Par ailleurs, certains États pourraient utiliser des listes obligatoires qu'elles soient ou non reconnues par la Loi type, et il pourrait donc être utile de fournir au moins des orientations sur leur fonctionnement dans le Guide pour l'incorporation.

b) Avis de constitution de listes en lieu et place d'avis de marchés

14. Une question liée aux listes obligatoires est celle de savoir si la version révisée de la Loi type devrait autoriser la publication d'un avis signalant l'existence d'une liste en lieu et place d'avis pour les différents marchés couverts par la liste et si, en pareil cas, l'accès aux marchés doit être limité aux seuls fournisseurs inscrits ou ouvert à tous. À sa sixième session, le Groupe de travail est convenu de réexaminer la question ultérieurement (A/CN.9/568, par. 65). Lorsqu'il étudiera le sujet plus avant, il voudra peut-être noter les chevauchements importants entre les listes de fournisseurs faisant l'objet d'une publicité se substituant aux avis de marchés ouverts par ces mêmes listes et les accords-cadres (pour l'examen de ces derniers, voir A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1).

15. Dans certaines méthodes de passation où il importe que chaque marché fasse l'objet d'une publicité, la publication d'un avis de constitution d'une liste en lieu et place d'avis pour les différents marchés ne convient pas et ne devrait pas être autorisée. Dans d'autres cas, par exemple dans le cadre d'une sollicitation de propositions, si l'on imposait l'obligation d'assurer la publicité au moyen d'une liste, il serait plus difficile de se dispenser de toute obligation de publicité, comme

le permet actuellement, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 48 de la Loi type pour des raisons d'économie ou d'efficacité. Lorsqu'il n'est pas exigé de publier un avis pour chaque marché, la publication d'un avis de constitution d'une liste pourrait renforcer le système en apportant plus de transparence et de concurrence dans les processus de passation tout en permettant d'économiser du temps et de l'argent et de préserver la flexibilité nécessaire dans ces méthodes de passation.

c) Conditions d'utilisation des listes

16. Quelle que soit l'option retenue par le Groupe de travail (listes obligatoires ou facultatives ou les deux), il pourrait en tout état de cause être nécessaire d'inclure des dispositions prévoyant au moins des conditions minimales d'utilisation soit dans la Loi type, soit dans le Guide pour l'incorporation, pour garantir la concurrence et la transparence dans le fonctionnement des listes pour les procédures de passation où leur utilisation est implicite et pourrait en fait être nécessaire et utile (voir par. 8 ci-dessus). Les règles de l'Accord sur les marchés publics (AMP) pourraient servir de modèle et être transposées dans la Loi type ou dans le Guide, selon le cas, à cette fin, ainsi que pour harmoniser les deux instruments, compte tenu de toute modification qu'il est proposé d'apporter à l'AMP sur la question. Il faudrait imposer essentiellement les mêmes conditions d'utilisation à tous les types de listes de fournisseurs, les différences entre elles étant souvent floues dans la pratique (voir par. 13 et 16 du document A/CN.9/WG.I/WP.45).

17. Le Groupe de travail pourrait décider qu'une disposition générale interdisant aux entités adjudicatrices d'utiliser les listes en violation des objectifs de la Loi type serait suffisante et que les questions de détail seraient réglées dans le Guide pour l'incorporation et les règlements d'application des États adoptants. Une autre solution serait d'énoncer des conditions plus détaillées dans la Loi type. Pour éviter d'inclure un article distinct sur les listes de fournisseurs et d'avoir à répéter les mêmes conditions dans tous les articles où leur utilisation est implicite, les dispositions pertinentes pourraient être regroupées, conformément à l'approche adoptée dans les accords bilatéraux et multilatéraux de libre-échange (voir par. 41, 42 et 44 du document A/CN.9/WG.I/WP.45) dans les articles de la Loi type sur les qualifications et la présélection.

2. Propositions rédactionnelles

a) Loi type

18. Si l'utilisation de listes obligatoires est imposée dans certains cas, le Groupe de travail pourrait décider de modifier l'article 6 de la Loi type en ajoutant l'exigence d'"être inscrit sur la liste de fournisseurs agréés" aux critères, conditions ou procédures auxquels les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire pour être admis à participer à une procédure de passation. L'expression "si les règlements en matière de passation des marchés l'exigent" pourrait être ajoutée pour préciser que cette inscription ne peut être prescrite que dans les cas prévus par ces règlements. La disposition suivante pourrait donc être ajoutée à l'énumération figurant au sous-alinéa i) de l'alinéa b) de l'article 6: "être inscrits sur la liste des fournisseurs agréés si les règlements en matière de passation des marchés l'exigent". L'exigence du paragraphe 3 de l'article 6 selon laquelle "l'entité adjudicatrice n'impose, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, aucun critère, condition ou procédure autres que ceux prévus au présent article" serait ainsi

satisfaite. Les conditions d'utilisation des listes pourraient figurer dans une disposition distincte.

19. Le Groupe de travail pourrait aussi décider de traiter les listes de fournisseurs à l'article 7 (Procédure de présélection), qui permet actuellement à une entité adjudicatrice de procéder à une présélection au cas par cas pour identifier des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés dans n'importe quelle méthode de passation envisagée par la Loi type. Sous réserve de quelques modifications, l'article 7 pourrait être étendu pour viser la présélection permanente et l'utilisation de listes de fournisseurs par les entités adjudicatrices. Cette approche peut se justifier par le fait qu'elle évite les redondances dans le texte, étant donné que les critères, conditions ou procédures prévus à l'article 7 et, par renvoi, à l'article 6 de la Loi type s'appliqueraient dans une large mesure aux listes de fournisseurs.

20. En attendant les décisions du Groupe de travail sur un certain nombre de questions liées au traitement des listes de fournisseurs et sur la question connexe de la publication d'un avis de constitution de listes en lieu et place d'un avis pour chaque marché dans la Loi type révisée ou dans le Guide pour l'incorporation, les propositions rédactionnelles ci-après portent principalement sur les conditions d'utilisation des listes de fournisseurs. Elles ont été préparées en tant que modifications à apporter à l'article 7 à la lumière des considérations exposées au paragraphe précédent (le libellé de l'article 7 est reproduit ci-dessous en caractères normaux et les modifications sont soulignées).

"Article 7. Procédure de présélection

1) L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de présélection en vue d'identifier, avant la soumission des offres ou des propositions dans le cadre des procédures de passation de marché menées conformément aux chapitres III, IV ou V, les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 6 s'appliquent à la procédure de présélection.

2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de présélection, elle fournit un exemplaire de la documentation de présélection à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à présenter une demande de présélection et qui, le cas échéant, en acquitte le prix. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander ait pour la documentation de présélection ne doit refléter que le coût de l'impression de ladite documentation et de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs.

3) La documentation de présélection comporte, au minimum:

a) Les renseignements suivants:

i) Des instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection;

ii) Une récapitulation des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, <u>à moins que la présélection ait pour seul but d'établir ou de tenir à jour une liste permanente de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés pour la passation de marchés futurs</u>;

iii) Les pièces ou autres informations exigées des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

iv) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et heure précises et laissant suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs demandes, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice;

v) Toutes autres conditions pouvant être énoncées par l'entité adjudicatrice conformément à la présente Loi et aux dispositions des règlements en matière de passation des marchés relatives à la préparation et à la soumission des demandes de présélection et à la procédure de présélection;

b) i) Dans la procédure visée au chapitre III, les renseignements devant figurer dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 25 1), alinéas a) à e), h) et j), si les renseignements spécifiés dans ce dernier alinéa sont déjà connus;

ii) Dans la procédure visée au chapitre IV, les renseignements spécifiés à l'article 38, alinéas a) et c), et g), p) et s), si les renseignements spécifiés dans ces derniers alinéas sont déjà connus; et

c) Si la présélection est destinée à une liste permanente de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés pour la passation de marchés futurs, en plus de ce qui figure à l'alinéa a) ci-dessus, selon qu'il convient, une mention à cet effet, l'objet de la liste, les types de marchés couverts par la liste, les conditions à remplir par les fournisseurs ou les entrepreneurs pour être inscrits sur la liste, les méthodes utilisées pour vérifier le respect de chacune de ces conditions, la durée de validité d'une inscription sur la liste et les procédures d'inscription et de renouvellement de l'inscription.

4) L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. 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 présélection.

5) L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans la documentation de présélection.

6) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et, sans préjudice du paragraphe 9 du présent article,

communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Sans préjudice de ce même paragraphe 9, seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

7) L'entité adjudicatrice communique sur leur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas été présélectionnés, le motif de ce rejet, mais elle n'est pas tenue d'indiquer les preuves retenues ni de donner les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'il y avait motif à rejet.

8) L'entité adjudicatrice peut exiger qu'un fournisseur ou entrepreneur présélectionné confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection dudit fournisseur ou entrepreneur. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de confirmer ses qualifications si elle juge satisfaisantes les justifications qu'il a produites.

9) Les listes de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés établies conformément au présent article [peuvent être utilisées] [sont utilisées] [peuvent être utilisées et, dans les cas spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés promulgués en application de l'article 4 de la présente Loi, sont utilisées] par une entité adjudicatrice pour la sélection des fournisseurs ou entrepreneurs dans les procédures de passation de marchés futurs [menées conformément aux articles 47 et 49 à 51, dans les procédures de sollicitation directe menées conformément aux articles 37-3 et 48-2, et dans les autres cas pouvant être prescrits par les règlements en matière de passation des marchés], à condition qu'une telle utilisation soit conforme aux objectifs de la Loi type et que:

a) La liste et une invitation à présenter une demande de présélection pour être inscrit sur la liste, contenant au minimum les renseignements mentionnés au paragraphe 3 c) ci-dessus, soient publiées [au moins [chaque année]] [à intervalles réguliers] [de façon continue];

b) L'inscription sur la liste soit ouverte à tout moment à tous les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés et soit effectuée dans un délai raisonnablement court;

c) Tous les fournisseurs ou entrepreneurs inscrits sur la liste soient informés de l'annulation de la liste ou de leur exclusion de celle-ci et, sur demande d'un fournisseur ou entrepreneur concerné, des raisons de cette exclusion;

d) Les fournisseurs ou entrepreneurs demandant à participer à une procédure de passation de marché particulière soient autorisés à le faire et soient pris en considération. [Lorsque l'inscription sur la liste est exigée pour participer à la passation, les fournisseurs ou entrepreneurs non inscrits sont autorisés à y participer, à condition que la procédure de qualification puisse être accomplie en temps voulu ou qu'elle puisse être repoussée à un stade ultérieur de la procédure de passation]. Le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs additionnels autorisés à participer n'est limité que par la

nécessité de sauvegarder le fonctionnement efficace du mécanisme de passation;

e) [Lorsqu'une invitation à présenter une demande de présélection pour être inscrit sur la liste constitue une invitation à participer aux procédures de passation des marchés couverts par la liste, les fournisseurs ou entrepreneurs soient sélectionnés parmi ceux inscrits sur cette dernière. L'invitation à demander son inscription sur la liste contient une mention à cet effet précisant aussi qu'elle constitue une invitation à participer à toutes les procédures de passation des marchés couverts par la liste. L'utilisation de la liste dans de tels cas ne dépasse pas [un] an].”

21. Les modifications proposées dans les paragraphes précédant le nouveau paragraphe 9 sont apportées pour traiter explicitement à l'article 7 de la procédure de présélection dans le contexte des listes de fournisseurs. La procédure de présélection dans ce contexte peut être engagée à des fins uniquement liées à ces listes (pour leur établissement et leur mise à jour, y compris l'ajout de nouveaux fournisseurs), ou en vue de la présélection pour un marché particulier, avec établissement ou mise à jour simultanés de ces listes. Les modifications proposées au paragraphe 3 a) ii) montrent que le niveau de détail de la documentation de présélection serait différent pour chacun des deux scénarios.

22. La première modification proposée au paragraphe 6 tient compte des différentes obligations de publicité applicables aux listes de fournisseurs, qui figurent dans le nouveau paragraphe 9 proposé. La deuxième modification est destinée à exclure l'application, aux listes de fournisseurs, de la partie du paragraphe prévoyant que seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché, rendant de ce fait la présélection obligatoire. Le Groupe de travail doit encore décider si l'utilisation des listes permanentes de fournisseurs devrait demeurer facultative ou être rendue obligatoire sous certaines conditions, comme celles justifiant le recours à des méthodes de passation non concurrentielles (voir, par exemple, les articles 19-2, 20 et 22 de la Loi type) ou celles pouvant être prescrites par les règlements en matière de passation des marchés (pour couvrir, en outre, les cas d'utilisation des listes obligatoires de fournisseurs agréés dans les enchères électroniques). Dans le texte actuel des alinéas d) et e) du paragraphe 9 proposé, s'agissant des listes de fournisseurs, les règles régissant le droit des fournisseurs ou des entrepreneurs à participer aux passations de marchés futurs diffèrent de celles de l'actuel paragraphe 6 de l'article 7 de la Loi type.

23. Le paragraphe 9 proposé soumet le fonctionnement des listes à certaines conditions, comme les obligations de publicité et d'accessibilité à tout moment par l'ensemble des fournisseurs ou entrepreneurs intéressés. Le maintien ou non du texte entre crochets dans le chapeau de ce paragraphe dépendra de la décision du Groupe de travail sur la question de savoir si une entité adjudicatrice sera autorisée à utiliser des listes ou si, dans certaines circonstances, elle peut également être obligée de le faire.

24. Le libellé des alinéas a) à e) proposés est inspiré des dispositions applicables de l'AMP et des instruments régionaux et bilatéraux de libre-échange. L'alinéa d) fournit une protection importante contre le favoritisme, l'exclusivité et la discrimination dans l'utilisation de ces listes. Le texte entre crochets de cet alinéa

vise l'utilisation des listes obligatoires. Il fournit une protection à ceux qui ne figurent pas sur la liste, en particulier les fournisseurs étrangers, qui veulent participer à la procédure de passation de marché pour laquelle l'inscription sur la liste est exigée.

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner si l'alinéa d) devrait, en plus, prévoir pour tous les fournisseurs inscrits sur la liste la possibilité équitable d'être sélectionnés pour participer à une passation de marché particulière, comme le font les dispositions de l'alinéa e) de l'ancien projet d'article traitant des listes de fournisseurs proposé en 1989 (voir par. 2 ci-dessus). D'un autre côté, le Groupe de travail pourrait décider que la référence aux objectifs de la Loi type dans le chapeau du projet de paragraphe 9 proposé tient déjà suffisamment compte de cette possibilité.

26. L'alinéa e) proposé vise les situations dans lesquelles un avis de constitution de la liste sert d'avis pour tous les marchés qu'elle couvre. Il est lié au texte entre crochets de l'alinéa d) proposé puisqu'un tel mécanisme ne serait possible qu'avec des listes obligatoires. Les méthodes de passation de marchés concernées par les changements proposés sont avant tout celles qui n'exigent pas de publicité séparée pour chacun des marchés. Il revient à l'entité adjudicatrice de faire une publicité soit séparément pour chaque marché soit par la publication de listes. L'alinéa e) proposé ne change rien à cet égard sinon que, comme alternative à l'absence complète de publicité, il exige la publication d'un avis de constitution de listes et rend ainsi le processus plus transparent. Il apporte des garanties importantes propres à un tel mécanisme. La première garantie est relative au contenu de l'avis de constitution qui, non seulement doit renfermer toutes les autres informations exigées par l'alinéa a), mais doit aussi clairement préciser que i) l'avis constitue une invitation à participer à l'ensemble des procédures de passations des marchés couverts par la liste, et ii) la sélection des fournisseurs ou des entrepreneurs pour un marché particulier couvert par la liste se fera exclusivement à partir de cette dernière. La deuxième garantie tient à la durée d'existence de la liste. Étant donné le caractère exclusif de ce type de listes, il est plus important de limiter leur utilisation dans le temps que pour les listes couvertes par l'alinéa d) proposé car, dans ce dernier cas, l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs non inscrits aux passations de marchés futurs n'est pas, ou est moins, limité. La durée d'existence de ces listes devrait être examinée en rapport avec les obligations de publicité de l'alinéa a).

27. Le paragraphe 9 proposé est également destiné à régir l'utilisation par une entité adjudicatrice des listes de fournisseurs établies et tenues à jour par des tiers, comme une autre entité adjudicatrice ou une autorité désignée dans un système centralisé. L'utilisation de ces listes serait autorisée dans le paragraphe proposé dès lors que leur établissement et leur mise à jour respecteraient les conditions qui y sont imposées. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des conditions supplémentaires devraient être imposées dans de telles circonstances, par exemple une entité adjudicatrice pourrait être obligée d'indiquer que d'autres organismes utiliseront la liste et les noms de ces organismes (voir A/CN.9/WG.I/WP.45, par. 20).

28. Si des dispositions sur les listes de fournisseurs sont insérées dans l'article 7, comme il est proposé, des modifications devront être apportées à l'article 6 de la Loi type, qui, selon l'article 7-1, s'applique à la procédure de présélection. Ces modifications, en particulier aux paragraphes 1 a) et b) (dans le chapeau) et 2 de

l'article 6, viseraient à étendre le champ d'application de cet article d'une sélection et d'une présélection pour chaque marché à une présélection permanente. Ceci pourrait se faire par l'insertion, aux endroits appropriés, de références à une liste permanente de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés.

b) Guide pour l'incorporation

29. Le texte à insérer dans le Guide pourrait être rédigé de la manière suivante:

"1. Plusieurs types de listes contenant des informations sur les fournisseurs ou les entrepreneurs destinées à servir dans plusieurs passations de marchés (souvent appelées "listes de fournisseurs 'qualifiés' ou 'agréés'", ou encore "fichiers ou registres de fournisseurs") sont utilisées dans différents pays pour des objectifs divers. La plupart du temps, elles servent à la présélection des fournisseurs ou des entrepreneurs en vue de la participation aux passations des marchés qu'elles couvrent. Les moyens électroniques de communication et l'approvisionnement en ligne ont renforcé et diversifié leur utilisation et leur utilité.

2. L'utilisation de listes de fournisseurs, bien que présentant certains avantages, comme celui de réduire les coûts et la durée de sélection pour un marché donné, et étant, dans une certaine mesure, indispensable pour certaines techniques de passation, peut être profondément anticoncurrentielle et devrait être soigneusement structurée et contrôlée et, en particulier, soumise à des conditions garantissant la concurrence et la transparence. Les États adoptants devraient savoir que les listes font souvent l'objet de recours car les règles régissant leur fonctionnement sont jugées soit restrictives (limitant ainsi l'accès, la concurrence et la transparence) soit difficiles à mettre en œuvre et à respecter. Un problème fréquemment rencontré dans la mise à jour des listes est l'obsolescence des informations qu'elles contiennent qui ne font pas nécessairement toujours apparaître les changements de capacité chez les fournisseurs potentiels et dans d'autres données sur lesquelles l'inscription était fondée. En conséquence, les marchés pourraient être attribués à des fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas les qualifications adéquates ou des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés pourraient être exclus. Un examen continu de la situation des fournisseurs inscrits sur la liste réduit un tel risque. Toutefois, lorsque la liste de fournisseurs est longue et que seuls quelques-uns seront qualifiés pour un marché donné, cet examen pourrait être onéreux, aussi bien pour les fournisseurs que pour l'entité adjudicatrice. Les États adoptants devraient également être conscients de l'éventuel effet de segmentation du marché produit par les listes de fournisseurs, par exemple les marchés d'une certaine valeur risquant d'être toujours attribués aux soumissionnaires ayant un niveau de classification correspondant sur la liste, effet accentué par différentes politiques socioéconomiques, et autres similaires des États (programmes de préférence, par exemple) applicables au fonctionnement des listes.

3. Le rapport coûts/avantages de l'utilisation des listes dépend de nombreux facteurs différents, comme la nature des marchés, les achats concernés, la formation et les compétences du personnel chargé de la passation des marchés et, d'une manière générale, le degré de transparence de l'administration publique dans un pays donné. Ce rapport variera non seulement pour chaque

État adoptant, mais aussi en fonction des différentes entités adjudicatrices et des types de marchés. Les coûts l'emportent généralement sur les avantages lorsque les listes ont pour effet d'exclure des fournisseurs ou des entrepreneurs des marchés qui sont soumis à un appel d'offres avec mise en concurrence après publicité. Les objectifs visés par l'introduction de listes de fournisseurs peuvent également être atteints plus efficacement et à moindre coût par d'autres moyens, par exemple par une présélection au cas par cas pour les marchés importants ou complexes, par une postqualification d'un fournisseur retenu dans d'autres cas ou par des accords-cadres. D'un autre côté, pour les marchés d'une faible valeur, le fait d'avoir un système efficace et transparent de listes de fournisseurs peut présenter des avantages car il évite à l'entité de devoir sélectionner les fournisseurs pour chaque petit achat. Dans certains cas, les listes de fournisseurs peuvent être indispensables, par exemple, pour le fonctionnement, la sûreté et la sécurité de l'approvisionnement en ligne ou lorsqu'elles servent de base à des techniques d'achat électronique comme les catalogues électroniques ou les systèmes d'acquisition dynamiques.

4. Il est essentiel d'assurer une diffusion efficace et large des informations sur l'existence et le fonctionnement des listes de fournisseurs pour veiller à ce qu'elles n'aient pas d'impact négatif sur le degré de concurrence et qu'elles soient utilisées d'une manière transparente et non discriminatoire. Le fait de laisser les listes ouvertes pour en permettre l'accès aux nouveaux fournisseurs et faire en sorte que les nouvelles candidatures soient traitées rapidement évite toute exclusivité dans le fonctionnement des listes. Dans le contexte particulier des listes sur lesquelles les fournisseurs doivent obligatoirement s'inscrire afin de pouvoir participer à la passation du marché, il importe que les fournisseurs non inscrits soient pris en compte s'il y a suffisamment de temps pour mener à bien le processus d'inscription ou s'il est possible de repousser l'inscription à l'étape précédant l'attribution. Ces garanties sont particulièrement importantes pour les marchés publics transfrontaliers. La mise à jour régulière des listes, notamment le fait de s'assurer que les informations demeurent actuelles et que les inscrits qui ne sont plus qualifiés soient exclus, garantit un fonctionnement efficace de ces listes.

5. En conséquence, un certain nombre d'instruments régionaux et internationaux imposent des conditions au fonctionnement des listes. Ils exigent notamment que la possibilité soit donnée à tous les fournisseurs: i) de prendre connaissance des listes et des critères, règles et procédures qui les régissent, ii) de demander leur inscription à tout moment, iii) d'être inscrits dans un délai raisonnablement court, iv) d'être avisés de toute décision concernant leur inscription, l'annulation d'une liste ou leur exclusion d'une liste et v) d'être sélectionnés de manière équitable pour participer aux passations des marchés couverts par la liste. De plus, ces instruments exigent que les conditions d'inscription soient objectives, non discriminatoires, transparentes, proportionnées et évaluées d'une manière objective, et que soit prévu un mécanisme de réexamen et de contestation officielle des obligations et procédures applicables.

6. Les conditions prévues par ces instruments devraient être considérées comme le minimum requis qu'un État adoptant devrait incorporer dans sa réglementation des marchés. Elles devraient s'appliquer à tous les types de

listes (facultatives ou obligatoires, tenues de manière officielle ou pas) étant donné que, en pratique, la différence entre ces différents types est souvent floue: ce qui est censé être facultatif pourrait facilement devenir un registre obligatoire, ce qui est censé n'avoir qu'une valeur informative ou servir de liste de publipostage pourrait être utilisé pour la présélection des fournisseurs. Le danger principal se trouve dans l'utilisation de manière occulte de listes informelles pour la présélection des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels.

7. Avec l'approvisionnement en ligne, il devient plus facile de s'assurer que les listes de fournisseurs fonctionnent conformément aux normes internationalement acceptables. Plus d'informations sont mises à disposition du grand public, contribuant à la transparence de l'utilisation des listes. Celles-ci sont rendues plus accessibles aux fournisseurs, y compris à l'étranger, ce qui diminue les risques d'entrave à la concurrence et les pratiques d'exclusion. La mise à jour rapide et facile des informations sur la liste, y compris par auto-inscription, autoclassification ou autocertification – autrement dit par les fournisseurs eux-mêmes – et par des liens vers d'autres registres (permettant de contrôler le respect des obligations fiscales, en matière de licence et autres), assure de manière continue et à moindre frais la vérification et l'exactitude des inscriptions existantes ainsi que l'ajout de nouveaux fournisseurs. Néanmoins, des conditions appropriées comme celles décrites ci-dessus sont également nécessaires pour les listes de fournisseurs fonctionnant dans le domaine électronique. Par ailleurs, si elles comportent trop d'exigences, les listes électroniques pourraient aussi décourager la participation et limiter ainsi la concurrence.

8. Dans les procédures d'appel d'offres ouvert, seules les listes facultatives pourraient être utilisées comme moyen additionnel de sollicitation d'offres ou comme source d'information sur les fournisseurs lors de la phase de qualification. [L'insertion des remarques supplémentaires et le niveau de détail dépendront de la décision du Groupe de travail sur le traitement des listes de fournisseurs dans la Loi type et sur la question connexe de la publication d'un avis de constitution de la liste comme invitation à participer à la procédure de passation des marchés couverts par la liste.]"

IV. DROIT DES TRANSPORTS

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 28 novembre-9 décembre 2005)

(A/CN.9/591) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Délibérations et décisions	8
II.	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	9-239
	Compétences – Chapitre 16	9-84
	Projet d'article 75. Actions contre le transporteur	10-17
	Présentation de la Convention sur les accords d'élection de for de la Conférence de La Haye	18
	Projet d'article 76. Conventions attributives de juridiction exclusive	19-40
	Projet d'article 77. Actions contre la partie exécutante maritime	41-44
	Projet d'article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires	45-46
	Projet d'article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires	47-52
	Projet d'article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance	53-59
	Projet d'article 81. Convention après la naissance du litige	60-64
	Nouveau paragraphe 2 proposé pour insertion dans le projet d'article 81	65-69
	Nouveau projet d'article 81 *bis* proposé. Reconnaissance et exécution	70-72
	Proposition de texte révisé pour le chapitre sur la compétence	73-84
	Arbitrage – Chapitre 17	85-103
	Proposition de texte révisé pour le chapitre sur l'arbitrage	95-103
	Obligation du chargeur – Chapitre 8	104-187
	Projet d'article 28. Remise de marchandises pour le transport	109-120
	Projet d'article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions	121-127
	Projet d'article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents	128-135
	Projet d'article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur	136-153

Projet d'article 32. Fausse déclaration grave du chargeur 154-156

Projet d'article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses 157-170

Projet d'article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur 171-175

Projet d'article 35. Responsabilité du chargeur du fait d'autrui. 176-180

Projet d'article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur 181-183

Projet d'article 18. Responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions 184-187

Livraison des marchandises – Chapitre 10, ainsi que projet d'article 11 (Durée de la responsabilité du transporteur) et 14-2 188-239

Projet d'article 11. Durée de la responsabilité du transporteur 190-208

Projet d'article 46. Obligation de prendre livraison 209-219

Projet d'article 47. Obligation d'accuser réception. 220-222

Projet d'article 48. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis 223-230

Projet d'article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis. 231-239

III. Questions diverses. 240-244

Dates des dix-septième et dix-huitième sessions 240-241

Organisation des travaux futurs 242-244

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, une convention législative sur des questions liées au transport international de marchandises telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième session, en 2002. La compilation la plus récente retraçant l'historique de ce projet figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.48.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

2. Le Groupe de travail III (Droit des transports), qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa seizième session à Vienne du 28 novembre au 9 décembre 2005. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Maroc, Mexique, Nigéria, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Cuba, Danemark, Finlande, Grèce, Indonésie, Iraq, Koweït, Lettonie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Pays-Bas, Pérou, Philippines, République dominicaine, Roumanie et Sénégal.

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

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

b) Organisations intergouvernementales invitées par la Commission: Commission européenne, Conférence de La Haye de droit international privé, Conseil de l'Union européenne, Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF);

c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of American Railroads (AAR), Chambre de commerce internationale (CCI), Chambre internationale de la marine marchande, Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), Comité International des Transports Ferroviaires (CIT), Comité Maritime International (CMI), Conseil maritime baltique et international (BIMCO), European Shippers' Council (ESC), International Group of Protection and Indemnity (P&I) Clubs et International Multimodal Transport Association (IMMTA).

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Rapporteur: M. Walter De Sá Leitão (Brésil)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.48);

b) Note du secrétariat contenant une deuxième version révisée du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.56);

c) Informations concernant la compétence et l'arbitrage présentées par la délégation danoise à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.49) et informations concernant le champ d'application et la liberté contractuelle présentées par la délégation finlandaise à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.51);

d) Informations concernant le droit de contrôle présentées au nom de la délégation norvégienne à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1);

e) Informations concernant le transfert de droits présentées par la délégation suisse à sa quinzième session (A/CN.9/WG.III/WP.52);

f) Tableau comparatif concernant les limites de la responsabilité du transporteur (A/CN.9/WG.III/WP.53);

g) Proposition des Pays-Bas concernant l'arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.54);

h) Informations concernant les obligations du chargeur présentées par la délégation suédoise (A/CN.9/WG.III/WP.55);

i) Informations concernant la livraison présentées par la délégation néerlandaise (A/CN.9/WG.III/WP.57);

j) Proposition des États-Unis d'Amérique concernant l'insertion du mot "ports" au projet d'article 75 du projet de convention dans le chapitre consacré à la compétence (A/CN.9/WG.III/WP.58);

k) Commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.59).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] ("le projet de convention") en se fondant sur le texte figurant dans les annexes d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.56) et a étudié diverses propositions, dont celle des Pays-Bas sur l'arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.54) et celle des États-Unis d'Amérique sur l'inclusion des "ports" dans le projet d'article 75 (A/CN.9/WG.III/WP.58). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de plusieurs dispositions en tenant compte des délibérations et des conclusions du Groupe de travail, qui sont résumées dans la section II ci-après.

II. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Compétence – Chapitre 16

9. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné le chapitre du projet de convention relatif à la compétence, pour la première fois, à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 110 à 150) et, dernièrement, à sa quinzième session (voir A/CN.9/576, par. 110 à 175). Celui-ci a poursuivi l'examen des dispositions sur la compétence en se fondant sur le texte qui figurait dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

Projet d'article 75. Actions contre le transporteur

Maintien du texte de l'alinéa c) concernant les "ports"

10. Il a été réaffirmé que le port de chargement et le port de déchargement devaient être mentionnés en tant que facteurs de rattachement appropriés pour déterminer la compétence d'un tribunal dans les actions intentées contre le transporteur sur le fondement du projet d'article75 (voir A/CN.9/572, par. 128; A/CN.9/576, par. 121 et A/CN.9/WG.III/WP.58).

11. La proposition de supprimer les crochets entourant l'alinéa c) de ce projet d'article et de conserver le texte a été généralement appuyée. On a estimé que l'inclusion, parmi les chefs de compétence, du port de chargement initial et de déchargement final était particulièrement importante dans le cadre des contrats de transport de porte à porte, car elle présentait des avantages à la fois pour le transporteur et pour le titulaire de droits sur les marchandises. Le transporteur, a-t-on dit, préférerait généralement être attrait dans l'un des ports de passage des marchandises, plutôt que dans le lieu, à l'intérieur du pays, où un mandataire retirait ou livrait celles-ci, tandis que le titulaire de droits aurait la possibilité d'engager une action contre le transporteur au port où, par exemple, les marchandises avaient été endommagées, s'il le jugeait avantageux. Il a été précisé que, si l'inclusion des ports dans la liste des lieux où une procédure judiciaire pouvait être intentée contre le transporteur ne garantissait pas qu'une telle procédure serait effectivement engagée dans un port, leur exclusion rendrait toute action dans un port impossible.

12. Plusieurs avantages ont été cités pour étayer la proposition d'inclusion des ports dans le projet d'article 75. Tout d'abord, le dommage ou la perte étant plus susceptible de survenir dans un port, car c'était le lieu où les marchandises faisaient l'objet d'opérations de manutention, il serait plus commode de régler le litige dans le port où le préjudice avait été subi, puisque toutes les parties auraient plus aisément accès aux témoignages et aux autres éléments de preuve. Deuxièmement, d'après le projet d'article 77, le port serait parfois le seul lieu où le titulaire de droits sur les marchandises pourrait intenter une action unique à la fois contre le transporteur et contre la partie exécutante, ce qui lui éviterait d'avoir à engager plusieurs actions. Troisièmement, l'alinéa c) du projet d'article 75 permettrait à un transporteur actionné de réclamer une contribution ou une indemnité à une partie exécutante négligente dans le cadre de la même action. Quatrièmement, les ports constituaient, a-t-on dit, un for attrayant pour les parties au litige, car les avocats qui

exerçaient leur activité et les juges qui présidaient des tribunaux à proximité de ports avaient plus de chances d'être spécialisés dans les affaires maritimes, en particulier par rapport à ceux qui se trouvaient à l'intérieur du pays. Enfin, dans certains États, l'impossibilité d'intenter une action dans un port risquait d'empêcher un tribunal de gérer son rôle, par exemple, en facilitant la jonction d'instances dans les cas de sinistres importants.

13. Un petit nombre de délégations ont été d'avis que l'inclusion d'une disposition sur les ports élargirait inutilement le choix des juridictions s'offrant au demandeur. Quelques délégations ont affirmé, réitérant en cela l'opinion exprimée lors de sessions antérieures du Groupe de travail, que le chapitre sur la compétence était inutile, certaines d'entre elles estimant que les commerçants avaient un pouvoir de négociation égal et seraient simplement subrogés dans leurs droits par leurs assureurs. À ces arguments il a été répondu que le projet d'article 75 se voulait une règle supplétive et que, lorsqu'il aborderait la liberté contractuelle, le Groupe de travail discuterait de l'élection de for dans les cas où les parties avaient le même pouvoir de négociation. D'autres délégations ont estimé qu'avec l'insertion des ports à l'alinéa c) les dispositions sur la compétence perdraient en sécurité juridique.

Port de chargement ou de déchargement effectif ou contractuel et ports de refuge

14. Le Groupe de travail a examiné plus généralement si les "ports" mentionnés à l'alinéa c) du projet d'article 75 devaient être ceux où les marchandises étaient effectivement chargées et déchargées ou s'il devait s'agir des ports contractuels. Il a été estimé, et cet avis a été fermement appuyé, que le projet de disposition devait mentionner les ports de chargement et de déchargement effectifs. Il a été noté que, si les ports contractuels et les ports effectifs étaient souvent les mêmes, dans certains cas, par exemple celui d'un port de refuge, le port de déchargement contractuel pouvait différer du port de déchargement effectif. On a également cité, à titre d'exemple, la pratique dans le transport multimodal qui consistait pour un transporteur à décharger, pour plus de commodité, dans un autre port que celui prévu au contrat afin de tirer parti d'un autre mode de transport permettant de livrer les marchandises au destinataire plus rapidement ou à moindres frais. Il a été ajouté que le contrat de transport pouvait stipuler la livraison à un port dans une zone donnée seulement, voire ne pas mentionner de port du tout, si bien que le port de déchargement contractuel ne permettait pas de déterminer avec la certitude voulue les chefs possibles de compétence.

15. Quelques améliorations rédactionnelles ont été proposées pour rendre le projet d'alinéa concernant les ports plus clair. Il a été suggéré d'harmoniser des expressions telles que "initialement chargées" et "finalement déchargées" avec la terminologie employée dans le projet d'article 11-6. En outre, il fallait se garder, a-t-on dit, d'employer une terminologie qui mélange les notions de "port contractuel" et de "port effectif" et qui, ce faisant, risque de semer la confusion, comme par exemple dans le cas de l'article 2-1 (Champ d'application) des Règles de Hambourg.

Autres aspects du projet d'article 75

16. Le Groupe de travail a étudié deux autres aspects du projet d'article 75. Il a, d'une part, examiné s'il était en mesure de faire un choix entre les deux variantes

proposées entre crochets à l'alinéa d). Si, dans un premier temps, certains ont dit préférer le mot "désigné", estimant qu'il était moins source d'incertitude que le mot "convenu", il a été finalement décidé que le Groupe de travail ne trancherait la question qu'après avoir étudié les accords d'élection de for. D'autre part, des réserves ont été émises quant à la définition du terme "domicile", à l'alinéa a) du projet d'article premier, car, dans le droit interne de certains États, le "siège inscrit" ("registered office") pouvait désigner le siège central ou une succursale.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 75

17. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De supprimer les crochets entourant l'alinéa c) du projet d'article 75 et de conserver le texte;

– De prier le secrétariat d'améliorer la rédaction de l'alinéa c), en l'harmonisant avec d'autres dispositions telles que le projet d'article 11-6, de faire ressortir clairement que cet alinéa se référait aux ports effectifs de chargement et de déchargement et d'exclure, si possible expressément, les ports de refuge; et

– De prier le secrétariat d'apporter les modifications nécessaires à la définition du terme "domicile" à l'alinéa aa) du projet d'article premier de sorte que le sens de "registered office" (siège inscrit) soit clair.

Présentation de la Convention sur les accords d'élection de for de la Conférence de La Haye

18. La Conférence de La Haye de droit international privé a présenté au Groupe de travail les principales dispositions de la Convention sur les accords d'élection de for conclue en 2005. Il a été rappelé que cette convention contenait des règles sur la compétence découlant d'accords exclusifs d'élection de for ainsi que sur la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus sur la base de tels accords. L'attention du Groupe de travail a été attirée en particulier sur l'article 22, qui autorise les États contractants à décider d'appliquer la Convention sur une base réciproque pour la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par un tribunal désigné dans un accord non exclusif d'élection de for. Bien que la Conférence de La Haye ne préconise aucun choix particulier, il a été rappelé que, même si le transport de passagers et de marchandises était exclu du champ d'application de la Convention sur les accords d'élection de for aux termes de son article 2-2 f), il avait été proposé d'envisager d'établir un lien entre cette dernière et le projet de convention sur le transport. Il a aussi été rappelé que, même en l'absence de lien formel, les États restaient libres de convenir bilatéralement d'exécuter les jugements rendus par un tribunal choisi conformément aux règles de la Convention sur les accords d'élection de for.

Projet d'article 76. Conventions attributives de juridiction exclusive

Débat général

19. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné les clauses de compétence exclusive à ses quatorzième et quinzième sessions (voir A/CN.9/572, par. 130 à 133, et A/CN.9/576, par. 156 à 168). Il lui a été dit que le secrétariat avait

élaboré le projet d'article 76 figurant aux annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56 en tenant compte de ces discussions.

Insertion d'une disposition sur la compétence exclusive

20. Le Groupe de travail a poursuivi ses discussions en se fondant sur le projet d'article ci-après, élaboré à partir de propositions de textes reçues de certaines délégations:

"Article 76. Accords d'élection de for

1. Si le chargeur et le transporteur conviennent que les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sont compétents pour trancher les litiges nés ou pouvant naître dans le cadre de la présente Convention, ce ou ces tribunaux sont compétents à condition que cet accord attributif de compétence soit conclu ou constaté:

a) par écrit; ou

b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement.

2. La compétence du ou des tribunaux choisis conformément au paragraphe 1 est exclusive si l'accord attributif de compétence est contenu dans un contrat de tonnage et si:

a) l'accord indique clairement le nom et le lieu du ou des tribunaux choisis ainsi que le nom et l'adresse des parties; et

b) soit

i) l'accord est négocié individuellement; soit

ii) le contrat de tonnage indique clairement qu'un accord exclusif d'élection de for a été conclu et spécifie dans quelle partie du contrat se trouve cet accord.

3. Un accord exclusif d'élection de for conclu conformément au paragraphe 2 ne s'impose à une personne qui n'est pas partie au contrat de tonnage que si la loi applicable en l'espèce le prévoit [, si cette personne est dûment avisée du lieu où l'action peut être intentée et si le for est l'un des lieux mentionnés à l'article 75 a), b) ou c)].

[4. Le présent article n'empêche pas un État contractant de donner effet à un accord d'élection de for dans des conditions moins strictes que celles prévues au paragraphe 2 pour autant qu'il fasse une déclaration dans ce sens au moment de la signature ou de la ratification. Rien dans le présent paragraphe n'empêche un tribunal spécifié à l'article 75 a), b) ou c) d'exercer sa compétence.]"

21. Il a été expliqué que le texte proposé pour le projet d'article 76 se voulait un compromis entre les délégations préconisant de ne reconnaître aucune clause exclusive d'élection de for et celles préconisant de les reconnaître toutes. La proposition avait pour objet de poser des normes minimales communes pour la validité des accords d'élection de for et de permettre une plus large reconnaissance de ces accords par les États qui le souhaitaient. Il a été dit au Groupe de travail que

cette proposition de compromis visait à permettre la ratification la plus large possible du projet de convention.

22. Le fonctionnement prévu de la disposition proposée a été décrit. Il a été observé que l'article 76 visait à élargir le traitement des conventions attributives de juridiction exclusive pour y inclure les accords d'élection de for en général. Le paragraphe 1 de l'article 76 proposé énonçait les conditions de validité des accords d'élection de for et le paragraphe 2 indiquait clairement qu'une clause exclusive d'élection de for ne pouvait effectivement être conclue que dans un contrat de tonnage qui satisfaisait aux exigences minimales énumérées. Il a en outre été précisé que le paragraphe 3 étendait l'application d'un accord exclusif d'élection de for remplissant les conditions du paragraphe 2 aux personnes qui n'étaient pas parties au contrat de tonnage uniquement si la loi applicable le permettait et si les conditions supplémentaires figurant entre crochets, visant la protection de ces personnes, étaient remplies. Il a aussi été précisé que le paragraphe 4 avait pour fonction de permettre aux États contractants de donner effet à des accords d'élection de for dans des conditions moins strictes que celles énoncées au paragraphe 2 proposé, pour autant qu'une déclaration à cet effet ait été faite au moment de la signature ou de la ratification du projet de convention. On a expliqué, enfin, que la dernière phrase de ce paragraphe 4 visait à permettre à un tribunal désigné conformément à l'alinéa a), b), ou c) du projet d'article 75 d'admettre ou de décliner sa compétence devant un accord exclusif d'élection de for qui ne remplissait pas les conditions du paragraphe 2.

Réaction générale au régime proposé pour les accords d'élection de for

23. Il a été proposé que le projet de convention ne prévoie pas du tout de chapitre sur la compétence, mais reprenne plutôt l'approche suivie par les Règles de La Haye-Visby, où cette question était laissée à la liberté des parties. À cela il a été objecté que la liberté contractuelle prévue par ces Règles pouvait se heurter à des restrictions au niveau national et qu'il serait donc opportun d'harmoniser le droit dans un instrument uniforme. On a appuyé le mécanisme prévu par l'article 76 proposé qui préservait le statu quo concernant l'acceptation des accords d'élection de for et pouvait servir de point de départ en vue d'une éventuelle harmonisation future.

24. On a appuyé l'avis selon lequel, par souci de clarté, la validité des accords exclusifs d'élection de for ne devrait pas être limitée aux contrats de tonnage mais être étendue à tous les contrats de transport. Il a en outre été observé que toute référence aux contrats de tonnage dans le chapitre sur la compétence dépendrait du résultat des discussions sur les contrats de tonnage en général dans le cadre du projet d'article 95, qui contenait encore des éléments de texte entre crochets. En réponse à ces remarques, on a dit qu'eu égard aux objectifs modestes d'harmonisation en matière d'accords d'élection de for poursuivis par le texte proposé il fallait partir d'un niveau où un accord était possible et que le mieux serait de restreindre, dans un premier temps, l'application de la disposition aux situations entre parties expérimentées ayant un pouvoir de négociation égal, comme dans le cas des contrats de tonnage. Il a aussi été précisé que les États qui souhaitaient étendre la validité des accords exclusifs d'élection de for aux contrats de transport autres que les contrats de tonnage étaient libres de le faire en application du paragraphe 4 de l'article 76 proposé.

25. On s'est par ailleurs inquiété de ce que le mécanisme prévu à l'article 76 pour les accords d'élection de for n'oblige un demandeur potentiel à se lancer dans des recherches à trop de niveaux différents, pour trouver le tribunal approprié, au détriment de son temps et de la sécurité juridique. Il a en outre été observé que la proposition ne résolvait pas le problème des chargeurs se trouvant dans des lieux géographiquement éloignés qui risquaient d'avoir à supporter des frais de procédures engagées dans d'autres États.

Paragraphe 1 de l'article 76 proposé

26. Il a été observé que le paragraphe 1 de l'article 76 proposé énonçait les conditions de validité de tous les types d'accords d'élection de for. Il a en outre été fait remarquer que les exigences de ce paragraphe s'inspiraient de l'article 3 de la Convention sur les accords d'élection de for. On a exprimé la crainte, toutefois, qu'en ne mentionnant pas la compétence d'un tribunal ce paragraphe risque involontairement d'empiéter sur les règles de procédure internes en permettant à un tribunal de se déclarer compétent alors qu'il ne l'était pas. Il a été noté que le paragraphe 1 de l'article 76 proposé devrait se référer à la compétence au regard de la loi de l'État où se trouvait le tribunal choisi dans l'accord d'élection de for, comme le faisaient les projets d'articles 75 et 77 dans leur partie liminaire.

Paragraphe 2 de l'article 76 proposé

27. Il a été observé que le paragraphe 2 de l'article 76 proposé énonçait les conditions de validité des accords exclusifs d'élection de for, conditions qui étaient semblables à celles posées pour la validité des contrats de tonnage au paragraphe 1 du projet d'article 95. Outre que l'accord exclusif d'élection de for soit négocié individuellement ou que son existence et son emplacement soient clairement indiqués dans le contrat de tonnage, le paragraphe 2 exigeait, pour que l'accord soit valable, que ce dernier mentionne le nom et le lieu du tribunal choisi ainsi que le nom et l'adresse des parties.

28. Des propositions ont été faites en ce qui concerne la rédaction de ce paragraphe. Selon un avis, pour être exact, le sous-alinéa i) de l'alinéa b) devait mentionner les contrats de tonnage négociés individuellement et non certaines clauses du contrat, telles que les clauses d'élection de for. Il a été proposé que le paragraphe mentionne également la compétence au regard de la loi de l'État du tribunal choisi dans l'accord d'élection de for, comme suggéré ci-dessus pour le paragraphe 1.

Paragraphe 3 de l'article 76 proposé

29. Il a été indiqué que le paragraphe 3 de l'article 76 proposé énonçait les conditions d'opposabilité des accords exclusifs d'élection de for visés au paragraphe 2 aux personnes qui n'étaient pas parties au contrat de tonnage. On a observé, en particulier, que l'accord exclusif d'élection de for devait être valable entre les parties au contrat de tonnage et que le tribunal choisi devait se trouver dans un des lieux désignés aux alinéas a), b) ou c) du projet d'article 75. Il fallait en outre que les tiers soient dûment avisés du lieu où l'action pouvait être intentée et que la loi applicable en l'espèce permette aux tiers d'être ainsi liés.

30. Il a été fait remarquer que l'expression "loi applicable en l'espèce" devait s'interpréter comme désignant la loi de l'État où se trouvait le tribunal saisi, y compris les règles de droit international privé. Il a été proposé que cette interprétation soit explicite dans le texte, dans un souci de clarté. Il a été demandé si l'obligation "d'aviser dûment" les tiers serait subordonnée à la législation nationale applicable.

31. Il a été expliqué que le membre de phrase figurant entre crochets à la fin du paragraphe 3 avait pour objectif d'énoncer une règle minimale dans le projet de convention pour qu'un accord exclusif d'élection de for s'impose aux personnes qui n'étaient pas parties au contrat de tonnage, étant entendu qu'un tribunal pouvait, sur le fondement de sa législation nationale, imposer des conditions plus strictes à cette fin. Il a en outre été fait observer que si l'on supprimait ce texte entre crochets la question relèverait entièrement de la loi applicable. À cet égard, il a été proposé de supprimer le texte entre crochets afin d'éviter toute confusion sur le point de savoir si l'obligation de notification avait pour but de modifier la législation nationale qui exigeait le consentement des tiers à être liés et non une simple notification. Une autre proposition était de remplacer le texte entre crochets par les mots "et si un tel accord est inclus dans les données du contrat [ou incorporé par référence dans le document de transport ou dans l'enregistrement électronique concernant le transport]". Selon un autre point de vue, toutefois, les crochets devaient être supprimés et le texte conservé afin de fixer des règles minimales pour protéger les tiers. Il a été noté, en outre, que, dans la pratique commerciale, la nécessité de protéger les personnes qui n'étaient pas parties au contrat de tonnage était limitée puisque ces personnes étaient souvent en fait des filiales du chargeur, des sociétés affiliées ou des transitaires.

32. Selon un autre avis, pour mieux protéger les tiers, l'obligation de notification devait être remplacée par le consentement de ces tiers à être liés par les accords exclusifs d'élection de for. On a mentionné à cet égard l'alinéa b) du paragraphe 6 du projet d'article 95, qui exigeait le consentement des tiers à être liés aux clauses du contrat de tonnage. À cet argument il a été répondu que le paragraphe 3 de l'article 76 proposé traitait des questions d'élection de for, qui dans certains États étaient considérées comme revêtant un caractère procédural, alors que l'alinéa b) susmentionné avait des incidences directes sur les droits et obligations de fond et exigeait de ce fait une plus grande prudence et un degré de protection plus élevé. Selon un autre avis encore, le fait d'exiger le consentement des tiers à être liés par des accords exclusifs d'élection de for viendrait alourdir considérablement la pratique commerciale actuelle, dans laquelle les marchandises transportées faisaient souvent l'objet de nombreuses opérations de vente successives.

Paragraphe 4 de l'article 76 proposé

33. Il a été expliqué que le paragraphe 4 de l'article 76 proposé visait à autoriser les accords d'élection de for dans des conditions moins strictes que celles imposées par les paragraphes 1 et 2 de ce même article, à condition que l'État contractant ait procédé à la notification exigée. À titre d'exemple, il a été indiqué qu'un tribunal situé dans un État reconnaissant les accords d'élection de for conformément au paragraphe 4 et normalement compétent conformément au projet d'article 75 du projet de convention pourrait se déclarer incompétent en présence d'un accord d'élection de for valable qui ne satisfaisait pas aux conditions du paragraphe 2.

34. Toujours à titre d'exemple, il a été fait observer que, si un transporteur se trouvait dans un État qui reconnaissait les clauses attributives de juridiction exclusive et si le chargeur se trouvait dans un État qui ne les reconnaissait pas, le premier pourrait demander un jugement non déclaratif ou, lorsque cela était possible, une injonction antipoursuites, devant un tribunal de son État et le chargeur ne serait pas en mesure d'obtenir le retrait de l'action conformément au paragraphe 2 de l'article 80 proposé. On a ajouté que, dans cet exemple, le chargeur pourrait intenter une action contre le transporteur devant un tribunal de son propre État conformément au projet d'article75 mais qu'en raison du paragraphe 4 de l'article 76 proposé il ne pourrait pas exiger du transporteur qu'il renonce à son action en jugement non déclaratif comme le prévoyait le paragraphe 2 de l'article 80 proposé. On a précisé que le transporteur qui obtiendrait un jugement non déclaratif ou une injonction antipoursuites dans cet exemple ne pourrait pas en revanche faire exécuter ce jugement ou cette injonction dans un État qui ne reconnaissait pas les clauses attributives de juridiction exclusive.

35. Encore à titre d'exemple, il a été dit que si le chargeur visé au paragraphe ci-dessus intentait une action dans son État, où les clauses attributives de juridiction exclusive n'étaient pas acceptées, puis essayait de faire exécuter son jugement dans l'État du transporteur, où l'on donnait effet à ces clauses, ce jugement ne serait ni reconnu ni exécuté car émanant d'un tribunal non compétent.

36. On a exprimé la crainte en outre que, dans le cas décrit au paragraphe 34 ci-dessus, du fait de l'application combinée des articles 81 *bis* et 76-4 proposés, si un jugement était rendu sur le fondement de ce paragraphe 4, les tribunaux d'autres pays se sentent obligés de reconnaître ce jugement en vertu de l'article 81 *bis*. Pour faire ressortir clairement que les tribunaux d'autres pays étaient autorisés à reconnaître un tel jugement mais non obligés de le faire, il a été proposé d'ajouter, à l'article 81 *bis* en question, une phrase indiquant que cet article n'obligeait pas un État contractant à reconnaître ou à exécuter une décision d'un autre État contractant qui découlait de l'application de la première phrase du paragraphe 4 de l'article 76 proposé.

37. Il a été proposé, dans un souci de précision, de mentionner dans le paragraphe 4 de l'article 76 les accords d'élection de for qui "ne remplissent pas les conditions des paragraphes 1 et 2 de l'article 76" plutôt que les "conditions moins strictes que celles prévues au paragraphe 2". Il a été proposé à cet égard de modifier le début du paragraphe 4 comme suit: "Le présent article n'empêche pas un État contractant de donner effet à un accord d'élection de for qui ne remplit pas les conditions du paragraphe 1 ou 2", puis de reprendre la suite du texte existant à partir des mots "pour autant qu'il fasse". On a fait observer que cette proposition permettrait à un État contractant de donner effet à un accord exclusif d'élection de for entre les parties au contrat mais également à l'égard des tiers car l'opposabilité de l'accord aux tiers n'était pas couverte dans les paragraphes 1 et 2 proposés. Il a en outre été fait observer que le paragraphe 4 proposé n'avait pas pour but d'autoriser les injonctions antipoursuites et que cette solution n'avait pas non plus été suggérée par d'autres délégations.

38. Selon un avis, l'application du paragraphe 4 de l'article 76 proposé risquait d'aboutir à des procédures multiples. Il a été répondu que le mécanisme proposé réduirait également le nombre de procédures dans deux cas au moins: d'une part, lorsque le paragraphe 2 de l'article 80 proposé avait pour effet d'autoriser une

demande de désistement d'instance et, d'autre part, lorsque des tribunaux normalement compétents reconnaîtraient des accords exclusifs d'élection de for et se déclareraient incompétents.

39. Il a été proposé de remplacer l'obligation pour un État contractant de déclarer officiellement qu'il donnait effet aux accords d'élection de for dans des conditions moins strictes que celles énoncées au paragraphe 2 par un mécanisme moins formel. Cependant, on a fait observer que tout mécanisme de remplacement devrait remplir deux objectifs, à savoir faire en sorte que les États et non les tribunaux décident d'appliquer des conditions moins strictes et faciliter l'accès aux informations concernant les conditions nécessaires à la validité des clauses exclusives d'élection de for dans les autres États contractants.

Conclusions du Groupe de travail concernant l'article 76 proposé

40. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que l'article 76 proposé devrait être révisé compte tenu de ses observations ci-dessus.

Projet d'article 77. Actions contre la partie exécutante maritime

Débat général et "[initiale]" et "[finale]"

41. Il a été rappelé au Groupe de travail que le projet d'article 77 avait été inséré dans le projet de convention à la suite d'une décision prise à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 116 et 117) de créer une disposition distincte concernant l'établissement de la compétence pour les actions contre une partie exécutante maritime. Il a été rappelé que deux types de parties exécutantes maritimes étaient apparemment concernées: les parties statiques, comme les manutentionnaires et les exploitants de terminaux, et le transporteur maritime qui n'était pas le transporteur contractant. On a fait valoir que, étant donné ces deux groupes de parties exécutantes maritimes, le "port" de "réception initiale" et le "port" de "livraison finale" des marchandises étaient des fors appropriés, de sorte qu'il faudrait remplacer le mot "lieu" par le mot "port" et supprimer les crochets entourant les mots "initiale" et "finale" tout en conservant le texte. Cette proposition a été généralement approuvée.

Référence à la compétence d'un "tribunal d'un État contractant"

42. On a exprimé l'avis que, dans le chapeau du projet d'article 77, le membre de phrase "devant un tribunal d'un État contractant qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé", qui était repris du chapeau du projet d'article 75, posait un problème. Ce membre de phrase, a-t-on dit, n'était pas clair, car il pouvait renvoyer à la compétence nationale ou à la compétence internationale d'un tribunal. Il a été suggéré de le clarifier dans les deux projets d'articles 75 et 77.

43. On a indiqué que l'exigence imposant que le tribunal visé dans le projet d'article 77 soit situé dans un État contractant posait également un problème. L'avis a été exprimé que l'on pouvait concevoir que, dans une situation particulière, aucun des lieux énoncés aux alinéas a) et b) du projet d'article 77 ne soit situé dans un État contractant, et qu'un demandeur potentiel en vertu de cet article risque alors de ne pas avoir de for approprié devant lequel intenter une action contre la partie

exécutante maritime. Bien que cette exigence soit énoncée également au projet d'article 75, elle ne posait pas la même difficulté, car le lieu contractuel de réception et de livraison constituerait dans une certaine mesure un chef de compétence. On a dit qu'il y avait un problème connexe tenant au fait que l'alinéa b) de l'article 77 ne limitait pas le "port" à celui dans lequel la partie exécutante maritime opérait, ce qui risquait d'être une cause de difficulté inutile pour un défendeur si l'action était intentée dans un port où il n'opérait pas.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 77

44. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait supprimer les crochets entourant les mots "initiale" et "finale" et conserver ces mots dans le texte;

– Qu'il faudrait remplacer les deux occurrences du mot "lieu", à l'alinéa b), par le mot "port"; et

– Que les problèmes dans le texte concernant la compétence et l'emplacement du tribunal dans un État contractant, ainsi que la possibilité d'intenter une action contre une partie exécutante maritime dans un port où elle n'opérait pas seraient examinés dans un texte révisé du projet d'article 77.

Projet d'article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires

45. Il a été dit au Groupe de travail qu'il faudrait, dans le projet d'article 78, ajouter une référence au projet d'article 76. La disposition a été approuvée avec cet ajout.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 78

46. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé d'approuver le texte du projet d'article 78, avec l'ajout d'une référence à l'article 76.

Projet d'article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires

Débat général

47. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné les projets de dispositions sur la saisie conservatoire et les mesures provisoires ou conservatoires à ses quatorzième (voir A/CN.9/572, par. 137 à 139) et quinzième sessions (voir A/CN.9/576, par. 129 à 142).

Paragraphe 1

48. Il a été estimé que l'on pouvait éviter que les dispositions du projet de convention relatives à la compétence n'empiètent sur la compétence concernant les mesures provisoires et conservatoires et simplifier le paragraphe 1 du projet d'article 79 en supprimant l'alinéa a) et en ajoutant à la fin de l'alinéa b) les mots "y compris la saisie conservatoire". Il a été objecté – et cet avis a été appuyé – que cette proposition ne réglerait pas entièrement le problème de la relation entre le projet de convention et les instruments internationaux existants régissant la saisie conservatoire, à savoir la Convention internationale pour l'unification de certaines

règles sur la saisie conservatoire des navires de mer de 1952 et la Convention internationale de 1999 sur la saisie conservatoire des navires (conventions sur la saisie conservatoire). Il a été observé que ces instruments contenaient des dispositions concernant non seulement la compétence pour saisir des navires à titre provisoire ou conservatoire mais aussi la compétence sur le fond du litige. Selon une opinion, qui a été appuyée, quel que soit le traitement accordé à la question de la compétence dans ces instruments, il ne devait pas aboutir à un élargissement de la liste, prévue dans le projet d'article 75, des chefs généraux de compétence pour les actions intentées contre le transporteur. Il a été dit que la question de la compétence sur le fond dans une affaire de saisie conservatoire devait relever du conflit de conventions et aurait davantage sa place dans le chapitre du projet de convention contenant les clauses finales.

49. On a également émis l'avis que le texte du paragraphe 1 du projet d'article 79 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 apporterait une solution satisfaisante aux problèmes de relation entre la compétence pour le projet de convention et celle pour la saisie en tant que mesure provisoire ou conservatoire. Il a été dit aussi que l'article 21-2 des Règles de Hambourg pouvait être considéré comme une autre option possible ou que la question pouvait être laissée entièrement au droit interne. Selon un autre avis encore, le projet d'article 79 pouvait être entièrement déplacé et inséré dans les clauses finales du projet de convention.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1 du projet d'article 79

50. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait réviser le texte du paragraphe 1 du projet d'article 79 en supprimant l'alinéa a) et en ajoutant les mots "y compris la saisie conservatoire" à la fin de l'alinéa b); et
- Qu'une disposition séparée sur le conflit de conventions devrait tenir compte du problème de la compétence sur le fond dans les affaires de saisie conservatoire et devrait être placée dans les clauses finales du projet de convention.

Paragraphe 2

51. On a émis l'avis que, en raison des différences entre les diverses législations nationales, l'établissement d'une liste exhaustive de mesures provisoires ou conservatoires serait une tâche extrêmement difficile au résultat incertain. Il a donc été proposé de supprimer le paragraphe 2, qui contenait une telle liste, et de laisser le soin aux législations nationales de définir la notion de "mesure provisoire ou conservatoire".

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 79

52. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 79.

Projet d'article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance

Débat général

53. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné précédemment une disposition relative à la jonction d'instances et au désistement d'instance à sa quinzième session (voir A/CN.9/576, par. 147 à 152). Il lui a été dit que la variante C du paragraphe 1 du projet d'article 80 était le texte dont il avait convenu pour la suite des débats au paragraphe 149 du document A/CN.9/576, et que les variantes A et B du même paragraphe proposaient deux options entre lesquelles le Groupe de travail pouvait choisir. Le texte du projet d'article 80 proposé ci-après au Groupe de travail pour examen combinait les variantes A et B du paragraphe 1, et modifiait le paragraphe 2 du projet d'article 80.

"Article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance

[1. Toute action visant à la fois le transporteur et la partie exécutante maritime pour le même fait doit être intentée dans un lieu désigné à la fois à l'article 75 et à l'article 77. [Si aucun lieu n'est spécifié dans les deux articles à la fois, cette action doit être intentée dans un des lieux désignés à l'article 77.]]

2. Si le transporteur ou une partie exécutante maritime intente une action qui réduit directement ou indirectement les droits d'une personne de choisir le for en vertu de l'article 75 ou 77, le transporteur ou la partie exécutante maritime, à la demande du défendeur, doit renoncer à cette action et la réintroduire dans l'un des lieux désignés à l'article 75 ou 77, selon le cas, au choix du défendeur."

Paragraphe 1

54. Selon un avis, les crochets entourant l'intégralité du paragraphe 1 devraient être supprimés et le texte du paragraphe conservé. On a considéré que la première phrase de ce paragraphe ne prêtait pas à controverse, car, si le demandeur souhaitait intenter une action unique à la fois contre le transporteur contractant et une partie exécutante maritime, il était logique qu'il soit tenu de le faire devant un tribunal ayant compétence pour connaître des deux demandes ainsi jointes. On s'est généralement accordé sur ce point.

55. Il a été estimé que la deuxième phrase du paragraphe 1, qui figurait entre crochets, prêtait davantage à controverse, car elle permettait d'intenter une action à la fois contre le transporteur contractant et une partie exécutante maritime devant un for désigné uniquement au projet d'article 77, lorsque aucun lieu unique ne pouvait être désigné conformément aux deux projets d'articles, 75 et 77, à la fois. Selon un avis, en pareil cas, il importait davantage de protéger la partie exécutante maritime et on a proposé de supprimer également les crochets entourant la deuxième phrase et de conserver celle-ci. Quelques doutes ont toutefois été exprimés tant sur le fait de soumettre ainsi le transporteur contractant aux chefs de compétence prévus au projet d'article 77 que sur l'interaction entre les projets d'articles 76 et 80-1. On s'est inquiété, par exemple, de ce qu'il était possible de contourner une clause de compétence exclusive qui s'imposerait normalement, en intentant une action à la fois contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime devant l'un des fors désignés par le projet d'article 77.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1 du projet d'article 80

56. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que les questions soulevées en ce qui concerne la deuxième phrase du paragraphe 1 du projet d'article 80 et l'interaction du paragraphe entier avec le projet d'article 76 seraient traitées plus avant dans une nouvelle version de la disposition.

Paragraphe 2

57. Selon un avis, le paragraphe 2 du projet d'article 80 visait à apporter une solution aux cas où le transporteur engageait une action pour tenter de se soustraire aux chefs de compétence établis aux projets d'articles 75 et 77. On est convenu que cette disposition n'avait pas pour objet d'entraver des actions légitimes contre le chargeur, telles que des actions en paiement du fret ou pour dommages causés au navire par la marchandise. Quelques doutes ont toutefois été exprimés concernant la proposition de ne faire porter ce paragraphe 2 que sur les actions en jugement déclaratif visant à contourner les chefs de compétence établis aux projets d'articles 75 et 77. Selon un avis, ce paragraphe devrait aussi viser les injonctions antipoursuites demandées dans un autre for pour limiter le choix d'une partie sur le lieu du procès. Il a aussi été dit que la disposition devrait se borner à exiger la suspension ou le retrait de l'action abusive et qu'il ne serait peut-être pas possible d'exiger que l'action soit réintroduite devant des fors désignés au projet d'article 75 ou 77, notamment si cette action était frappée de prescription. Pour parer à ce problème potentiel, on a dit que le demandeur tenu de réintroduire une action conformément au paragraphe 2 pourrait se voir accorder un délai supplémentaire lorsqu'il y avait prescription, mais que cette question devrait être examinée dans le contexte du chapitre 15 sur le délai pour agir.

58. D'un point de vue rédactionnel, il a été proposé de préciser la disposition en remplaçant l'expression "qui réduit directement ou indirectement" par les mots "visant simplement à réduire" ou par une formulation allant dans ce sens.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 80

59. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que les questions soulevées plus haut sur le paragraphe 2 du projet d'article 80 seraient traitées plus avant dans une nouvelle version de la disposition.

Projet d'article 81. Convention après la survenue du litige

Débat général

60. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné une disposition sur les conventions attributives de compétence conclues après la naissance du litige très récemment, à savoir à sa quinzième session (voir A/CN.9/576, par. 169 à 171). Le texte de cette disposition a été généralement bien accueilli, étant étendu qu'il devrait être revu aux fins d'harmonisation compte tenu des changements qu'il était prévu d'apporter à d'autres dispositions du chapitre sur la compétence.

Conditions de forme

61. Il a été demandé si la convention conclue par les parties devait satisfaire à des exigences de forme semblables à celles du paragraphe 1 du projet d'article 76, qui exigeait que l'accord d'élection de for soit constaté par écrit ou par des moyens électroniques. Deux points de vue ont été exprimés. Selon le premier, le projet d'article 81 devait être modifié pour prévoir des conditions de forme semblables à celles du paragraphe 1 du projet d'article 76, car la preuve d'une convention était nécessaire pour protéger les parties. Lorsqu'une convention était conclue verbalement et qu'un litige survenait ensuite à propos de savoir si un tribunal avait compétence ou non pour connaître de l'affaire, l'absence de preuve sur la teneur de la convention entre les parties pouvait encore aggraver le différend entre elles.

62. Selon le deuxième point de vue, aucune condition de forme ne devait être imposée car les négociations qui avaient généralement lieu entre les parties après la naissance d'un litige s'en trouveraient inutilement gênées. Il a été dit que, dans la pratique, les parties entraient souvent en négociation avant d'intenter une action et, si ces négociations échouaient, elles pouvaient convenir d'un for de manière orale ou informelle. Il a aussi été noté qu'une telle convention pouvait aussi être conclue tacitement, dès lors simplement qu'une partie comparaissait devant un tribunal en qualité de défendeur. De plus, il a été rappelé que, même le paragraphe 5 de l'article 21 des Règles de Hambourg, qui étaient généralement très protectrices pour les parties, n'imposait aucune condition de forme pour les accords sur la compétence conclus après la naissance du litige.

Éclaircissements supplémentaires

63. Suite à une question, il a été généralement convenu que le projet d'article ne donnait pas compétence à un tribunal si ce dernier n'était pas compétent en premier lieu. Il a aussi été précisé que les mots "après la survenue du litige" désignaient la période postérieure au voyage, lorsque le dommage était déjà survenu mais qu'aucun tribunal n'avait encore été saisi de la demande.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 81

64. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du projet d'article 81, jugé satisfaisant, devrait être conservé et qu'aucune exigence de forme ne devrait être ajoutée.

Nouveau paragraphe 2 proposé pour insertion dans le projet d'article 81

65. Il a été proposé que l'unique phrase du projet d'article 81 devienne le paragraphe 1 de ce même article et que le texte ci-après soit inséré en tant que nouveau paragraphe 2:

> "Nonobstant les articles précédents du présent chapitre, le tribunal d'un État contractant devant lequel comparaît un défendeur est compétent. La présente règle ne s'applique pas lorsque la comparution a pour objet de contester la compétence."

Débat général

66. Ce nouveau texte proposé pour insertion dans le projet d'article 81 a été généralement appuyé. Le paragraphe 2 a été jugé nécessaire car il importait de donner au défendeur la possibilité de comparaître uniquement pour contester la compétence du tribunal. On a estimé aussi que ce texte trouvait logiquement sa place, en tant que deuxième paragraphe du projet d'article 81, pour bien montrer que le premier paragraphe (ancien projet d'article 81) traitait des conventions attributives de compétence conclues après la naissance du litige mais avant la saisine d'un tribunal, alors que le second concernait les litiges une fois le tribunal saisi de la demande. Il a été dit que, lorsqu'un défendeur comparaissait pour contester la compétence, il n'était pas certain que tous les tribunaux considéreraient cette comparution de la même manière. Aussi l'insertion de ce paragraphe pouvait-elle avoir un effet bénéfique d'harmonisation à cet égard.

67. Selon un autre point de vue, toutefois, le projet de paragraphe pouvait être perçu comme empiétant sur les règles locales de procédure et il a été convenu d'y ajouter une formule du type "conformément à la loi de" ou un libellé similaire mentionnant le droit interne, de sorte que soient respectées les règles locales de procédure. Suite à une question, il a été précisé par ailleurs que le tribunal devant lequel comparaissait une partie n'était nullement tenu de se déclarer compétent.

68. Afin de lever un doute, il a été précisé que les mots "la comparution a pour objet de contester la compétence" n'empêchaient pas un défendeur qui contestait la compétence d'un tribunal de contester également la demande sur le fond. En outre, s'agissant de savoir si une juridiction pouvait conclure à sa compétence après une comparution même si elle sortait du champ d'application des projets d'articles 75, 76 et 77, il a été indiqué que la réponse dépendrait des règles locales de procédure.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 proposé pour insertion dans le projet d'article 81

69. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De renuméroter le projet d'article 81 pour en faire le paragraphe 1 de ce même article et d'en revoir le titre;
- D'insérer le texte du nouveau paragraphe 2 proposé ci-dessus dans le projet de convention; et
- De tenir compte dans une prochaine version du projet des préoccupations exprimées concernant les règles locales de procédure.

Nouveau projet d'article 81 *bis* proposé. Reconnaissance et exécution

70. Il a été proposé que le texte ci-après d'un nouveau projet d'article 81 *bis* soit inséré dans le projet de convention:

"Article 81 *bis*. Reconnaissance et exécution

1. Une décision rendue par un tribunal d'un État contractant qui avait compétence conformément à la présente Convention a droit à la reconnaissance et à l'exécution dans un autre État contractant conformément à la loi de l'État contractant où sont demandées cette reconnaissance et cette exécution.

2. Le présent article n'oblige pas un État contractant à reconnaître ou à exécuter une décision d'un autre État contractant qui découle de l'application de la première phrase du paragraphe 4 de l'article 76."

Débat général

71. On a fait valoir que le paragraphe 2 était nécessaire puisque, sans lui, le paragraphe 1 risquait, pensait-on, d'être interprété comme imposant à un tribunal l'obligation d'exécuter un jugement même si cela pouvait être contraire aux règles locales de procédure. Il a été expliqué que ce paragraphe 2 avait pour objet de préciser qu'un État n'était pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement que son droit interne considérait par ailleurs comme inexécutoire.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 81 bis *proposé*

72. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– D'insérer le projet d'article 81 *bis* dans le projet de convention en vue de la poursuite de ses débats, sous réserve d'y apporter les modifications nécessaires pour tenir compte des changements rédactionnels introduits dans l'ensemble du chapitre sur la compétence.

Proposition de texte révisé pour le chapitre sur la compétence

Débat général

73. Un certain nombre de délégations, en se fondant sur les discussions du Groupe de travail concernant le chapitre du projet de convention sur la compétence tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 (voir plus haut par. 9 à 17 et 19 à 72) et les nouvelles suggestions rédactionnelles ont proposé la version révisée du chapitre ci-après, qui prévoit aussi une disposition sur les organisations régionales d'intégration économique (à insérer dans le chapitre des clauses finales):

"Article premier (xx) 'Tribunal compétent'

Le terme 'tribunal compétent' désigne un tribunal d'un État contractant qui, selon les règles relatives à la répartition interne des compétences entre les tribunaux de cet État, peut exercer sa compétence sur une matière.

Article 75. Actions contre le transporteur

À moins que le contrat de transport ne contienne un accord exclusif d'élection de for valable en vertu de l'article 76, le demandeur a le droit d'intenter une procédure judiciaire contre le transporteur en vertu de la présente Convention devant un tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile du défendeur;

b) Le lieu contractuel de réception ou le lieu contractuel de livraison;

c) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire; ou le port où les marchandises sont finalement déchargées d'un navire; ou

d) Tout lieu désigné à cette fin conformément à l'article 76-1.

Article 76. Accords d'élection de for

1. Si le chargeur et le transporteur conviennent qu'un tribunal compétent a compétence pour trancher les litiges pouvant naître dans le cadre de la présente Convention, cette compétence est non exclusive à condition que l'accord soit conclu ou constaté:

a) par écrit[2]; ou

b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement.

2. La compétence du tribunal choisi conformément au paragraphe 1 est exclusive pour les litiges entre les parties au contrat uniquement si ces dernières en conviennent et si l'accord attributif de compétence

a) est contenu dans un contrat de tonnage qui indique clairement le nom et l'adresse des parties; et soit

i) est négocié individuellement; soit

ii) indique clairement qu'un accord exclusif d'élection de for a été conclu et spécifie dans quelle partie du contrat se trouve cet accord; et

b) indique clairement le nom et le lieu du tribunal choisi.

3. Un accord exclusif d'élection de for conclu conformément au paragraphe 2 ne s'impose à une personne qui n'est pas partie au contrat de tonnage que si cela est compatible avec la loi applicable, déterminée par [le droit international privé] [les règles de conflit de lois] du tribunal saisi et

a) Si cette personne est dûment avisée du tribunal où l'action peut être intentée;

b) Si le for est l'un des lieux mentionnés à l'article 75 [a), b) ou c)].

4. Sous réserve du paragraphe 5, le présent article n'empêche pas un État contractant de donner effet à un accord d'élection de for qui ne remplit pas les conditions des paragraphes 1, 2 ou 3. Cet État contractant doit adresser une notification correspondante [à ...].

5. Rien dans le paragraphe 4 ou dans un accord d'élection de for ayant effet en vertu de ce paragraphe n'empêche un tribunal spécifié à l'article 75 [a), b), c) ou d)] et sis dans un autre État contractant d'exercer sa compétence sur le litige et de le trancher conformément à la présente Convention. Aucun accord d'élection de for n'est exclusif pour une action intentée [contre un transporteur] en vertu de la présente Convention, sous réserve des dispositions du présent article.

---

[2] L'exigence de forme sera traitée à l'article 3.

Article 77. Actions contre la partie exécutante maritime

Dans une procédure judiciaire contre la partie exécutante maritime en vertu de la présente Convention, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile de la partie exécutante maritime; ou

b) Le port où les marchandises sont initialement reçues par la partie exécutante maritime ou le port où les marchandises sont finalement livrées par la partie exécutante maritime.

Article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires

Sous réserve des articles 80 et 81, aucune procédure judiciaire contre le transporteur en vertu de la présente Convention ne peut être engagée devant un tribunal qui n'est pas désigné conformément à l'article 75, 76 ou 77.

Article 79. Mesures provisoires ou conservatoires

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur la compétence en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires, y compris la saisie conservatoire. [Un tribunal d'un État dans lequel a été prononcée une mesure provisoire ou conservatoire n'a pas compétence pour juger l'affaire sur le fond sauf

a) si les exigences du présent chapitre sont satisfaites; ou

b) si une convention internationale qui, conformément à ses règles d'application, s'applique dans cet État le prévoit.]

Article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance

1. Excepté lorsqu'un accord exclusif d'élection de for a été valablement conclu conformément à l'article 76, si une action unique est intentée à la fois contre le transporteur et la partie exécutante maritime pour un seul et même fait, elle peut l'être uniquement devant un tribunal désigné conformément à la fois à l'article 75 et à l'article 77. À défaut d'un tel tribunal, cette action doit être intentée devant un tribunal désigné conformément à l'alinéa b) de l'article 77, si un tel tribunal existe.

2. Excepté lorsqu'un accord exclusif d'élection de for a été valablement conclu conformément à l'article 76, un transporteur ou une partie exécutante maritime intentant une action qui [limiterait] [viserait uniquement à limiter] les droits d'une personne de choisir le for en vertu de l'article 75 ou 77, doit, à la demande du défendeur, renoncer à cette action et peut la réintroduire devant l'un des tribunaux désignés conformément à l'article 75 ou 77, selon le cas, au choix du défendeur[3].

---

[3] Il faudra peut-être revoir les dispositions relatives au délai pour agir pour les cas où l'engagement de l'action initiale s'est fait dans les délais mais non sa réintroduction.

Article 81. Accords après la naissance du litige et compétence en cas de comparution du défendeur

Nonobstant les articles précédents du présent chapitre:

a) Après la naissance d'un litige, les parties à ce litige peuvent convenir de régler celui-ci devant tout tribunal compétent;

b) Un tribunal compétent devant lequel un défendeur comparaît, sans contester sa compétence conformément aux règles de ce tribunal, a compétence sur les parties.

Article 81 *bis*. Reconnaissance et exécution

1. Une décision rendue par un tribunal d'un État contractant qui avait compétence conformément à la présente Convention doit être reconnue et exécutée dans un autre État contractant conformément à la loi de l'État contractant où sont demandées cette reconnaissance et cette exécution.

2. Le présent article ne s'applique pas à une décision rendue dans un autre État contractant qui a compétence conformément au paragraphe 4 de l'article 76.

Article XX. Participation d'organisations régionales d'intégration économique

1. Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, ratifier, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, elle aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où elle a compétence sur des matières régies par la présente Convention. Lorsque le nombre d'États contractants est pertinent dans la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme État contractant en plus de ses États membres qui sont des États contractants.

2. Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique présente au dépositaire une déclaration indiquant les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres lui ont délégué leur compétence. Elle informe sans retard le dépositaire de toute modification intervenue dans la délégation de compétence, y compris de nouvelles délégations de compétence, précisée dans la déclaration faite en vertu du présent paragraphe.

3. Toute référence à "État contractant" ou "États contractants" dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique, lorsque le contexte requiert qu'il en soit ainsi."

74. Les délégations proposant le texte révisé pour le chapitre sur la compétence ont présenté un bref rapport au Groupe de travail. Il a été indiqué que, compte tenu des intérêts et des points de vue divergents au sein du Groupe de travail concernant les projets de dispositions sur la compétence, on était parvenu à un compromis délicat qui était reflété dans ce texte révisé. On a fait observer que, si une

harmonisation complète de ces dispositions était impossible, on estimait que le compromis obtenu pouvait être accepté par le Groupe de travail car il était jugé préférable à l'autre solution, consistant à exclure la question de la compétence du projet de convention.

75. La proposition de compromis contenue dans les articles révisés a bénéficié d'un appui général, eu égard en particulier à la complexité du sujet et il a été dit que l'on était parvenu à un équilibre judicieux entre différents intérêts. Selon un avis, la suppression ou des modifications de fond de ce projet de texte pourraient réduire à néant le compromis réalisé.

76. En réponse à une demande de clarification du paragraphe 4 du projet d'article 76, on a fait observer que l'exigence de notification avait pour but d'indiquer qu'une décision avait été prise par un État contractant, et non à titre individuel par des tribunaux de cet État, sur la question de savoir s'il appliquerait ou non le paragraphe 4. On a en outre précisé que l'intention n'était pas que cette notification exige nécessairement une modification de la loi de l'État contractant, mais que celui-ci soit tenu de faire savoir au reste du monde s'il donnerait effet ou non à des accords exclusifs d'élection de for dans des conditions moins strictes que celles énoncées au paragraphe 2.

77. Toujours à propos de l'exigence de notification énoncée au paragraphe 4 du projet d'article 76, on a fait observer qu'il ne serait peut-être pas approprié que le dépositaire reçoive le contenu de la législation interne, et l'on a dit que les notifications du type envisagé pouvaient être détaillées, voire consister en jurisprudence, et qu'il serait peut-être nécessaire de les traduire en d'autres langues, ce qui pourrait poser des problèmes administratifs au dépositaire et faire obstacle à l'adoption du projet de convention. En réponse à ces préoccupations, plusieurs délégations ont déclaré que ces notifications pouvaient prendre la forme de déclarations très simples indiquant si l'État contractant appliquerait ou non le paragraphe 4, ou qu'elles pourraient être adressées à des organisations autres que le dépositaire qui en assureraient la collecte et la diffusion. On est généralement convenu que cette question devrait être examinée plus avant à un stade ultérieur.

78. On s'est interrogé sur la structure du chapitre relatif à la compétence, car le projet d'article 75 ne traitait que des actions contre le transporteur et le projet d'article 76 réglementait à la fois les actions contre le transporteur et celles contre le chargeur, alors que les actions du transporteur contre le chargeur semblaient absentes des dispositions suivantes. Selon un avis, il ne s'agissait pas d'un oubli pour ce qui était du projet d'article 75, car le compromis réalisé par l'ensemble du chapitre visait à permettre aux personnes ayant un droit sur les marchandises d'avoir accès à un for raisonnable pour régler des litiges, nonobstant l'existence d'une clause de compétence exclusive que le transporteur aurait pu inclure dans le contrat de transport. À cet égard, on a proposé de supprimer les crochets entourant les mots "contre un transporteur", au paragraphe 5 du projet d'article 76, de sorte que le transporteur soit lié au for désigné par lui comme ayant la compétence exclusive. En revanche, en réponse à l'observation concernant la structure du chapitre, on a indiqué que l'article 81 *bis* était censé en fait s'appliquer aux décisions rendues dans le cadre d'actions légitimes du transporteur contre le chargeur et que, si ce n'était pas le cas, il faudrait en modifier le libellé.

79. On s'est interrogé aussi sur le manque de clarté du texte du projet d'article 81 *bis* quant à son intention. Selon un avis, cette disposition signifiait qu'un État qui adressait une notification conformément au paragraphe 4 du projet d'article 76 ne serait pas tenu, en vertu du projet d'article 81 *bis*, de reconnaître une décision judiciaire émanant d'un État qui ne reconnaissait pas la clause de compétence exclusive. Il a été convenu que le libellé du projet d'article 81 *bis* devrait, si nécessaire, être clarifié afin de tenir compte de ce point de vue.

80. Une autre préoccupation a été exprimée à propos du lien entre les paragraphes 4 et 5 du projet d'article 76. Le paragraphe 4 étant considéré comme l'élément central du compromis sur ce chapitre, on a dit qu'il importait de déterminer pourquoi sa première phrase le soumettait aux dispositions du paragraphe 5. Il a été estimé, en particulier, qu'il ne devrait pas être soumis à la deuxième phrase du paragraphe 5, laquelle devrait faire l'objet d'un paragraphe distinct dans le projet d'article 76.

81. Un certain nombre de délégations ont réaffirmé la position selon laquelle aucun article sur la compétence ne devrait figurer dans le projet d'instrument. Il a aussi été dit que si l'esprit du compromis était apprécié, les articles révisés n'allaient pas assez loin dans la promotion de l'uniformité et conduiraient au contraire à la recherche du for le plus avantageux et à l'engagement de poursuites multiples, ce qui réduirait la sécurité juridique et augmenterait les coûts pour les demandeurs. On a aussi réaffirmé qu'il faudrait donner plein effet aux clauses de compétence exclusive dans le projet d'instrument et que l'avis selon lequel cette approche serait injuste à l'égard des tiers était indéfendable car il était possible de recourir à une assurance et les tiers pouvaient toujours obtenir les informations sur la compétence auprès de sources publiques ou des transporteurs eux-mêmes.

82. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites. L'une d'entre elles, sur laquelle il y a eu accord, était d'insérer le mot "et" entre les alinéas a) et b) du projet d'article 76. Une autre visait à remplacer les mots "conformément à la loi de l'État contractant", au paragraphe 1 du projet d'article 81 *bis*, par les mots "sous réserve des conditions fixées par la loi de l'État contractant" afin de rendre le projet d'article plus clair. Il a été dit, d'autre part, que le libellé du projet d'article 81 *bis* était peut-être un peu strict et qu'il risquait de laisser entendre qu'un tribunal agissant dans le cadre du paragraphe 4 du projet d'article 76 ne pouvait pas reconnaître une décision rendue par un autre tribunal appliquant la même disposition. Par ailleurs, la version précédente du paragraphe 2 du projet d'article 81 *bis*, présentée au paragraphe 70 ci-dessus, a été jugée préférable car elle permettait aux États faisant du paragraphe 1 du projet d'article 81 *bis* le fondement juridique de la reconnaissance des décisions judiciaires en général de reconnaître les décisions rendues conformément au paragraphe 4 du projet d'article 76. Il a été suggéré aussi que le paragraphe 3 du projet d'article 76 prévoie une règle de conflit de lois claire pour déterminer la loi régissant les tiers.

83. Le projet d'article XX, concernant la participation d'organisations régionales d'intégration économique, n'a pas été examiné.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de chapitre sur la compétence proposé

84. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le compromis contenu dans le projet de texte proposé pour le chapitre 16 était à la fois acceptable et accepté, hormis quelques réserves concernant la notification donnée aux tiers en vertu du paragraphe 3 du projet d'article 76;

– Qu'il faudrait insérer le mot "et" entre les alinéas a) et b) du projet d'article 76; et

– Qu'il faudrait envisager d'autres propositions rédactionnelles et clarifications compte tenu des observations formulées dans les paragraphes ci-dessus.

Arbitrage – Chapitre 17

Débat général

85. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné le chapitre sur l'arbitrage à ses quatorzième (voir A/CN.9/572, par. 151 à 157) et quinzième sessions (voir A/CN.9/576, par. 176 à 179), au cours desquelles deux points de vue affirmés avaient été exprimés. Selon le premier, le principe de la liberté de recourir à l'arbitrage était profondément enraciné et les instruments existants sur l'arbitrage, comme la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (Convention de New York) et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, constituaient un cadre approprié pour l'arbitrage, ce qui rendait inutile un tel chapitre dans le projet de convention. Selon l'autre point de vue, les parties à un litige devraient avoir la possibilité de recourir à l'arbitrage, sans pour autant pouvoir l'utiliser pour contourner les chefs de compétence énoncés dans le projet d'article 75 du projet de convention.

86. La teneur de la proposition contenue dans le document A/CN.9/WG.III/WP.54 a été expliquée au Groupe de travail. Cette proposition, a-t-on dit, constituait une tentative de parvenir à un compromis entre les points de vue exprimés sur l'arbitrage lors des quatorzième et quinzième sessions. Les principaux aspects de ce compromis étaient la suppression de tout le chapitre sur l'arbitrage (voir A/CN.9/WG.III/WP.54, par. 5 e)) et l'ajout dans le projet de convention d'un paragraphe 2 dans le projet d'article 78 (voir A/CN.9/WG.III/WP.54, par. 5 b)), destiné à faire en sorte que les règles du projet de convention relatives à la compétence ne puissent être contournées. Un autre aspect était l'ajout dans le projet d'article 81 d'une disposition visant à donner effet à toute convention entre les parties de soumettre à l'arbitrage un litige survenu entre elles. Enfin, il a été expliqué que l'intention du compromis était de préserver le statu quo en ce qui concerne le recours à l'arbitrage dans le secteur du transport maritime en prévoyant des règles d'arbitrage minimales pour les services réguliers, mais en maintenant la liberté de recourir à l'arbitrage pour les services non réguliers par l'ajout du projet d'article 81 *bis* (voir A/CN.9/WG.III/WP.54, par. 5 d)).

87. En outre, les commentaires présentés dans le document A/CN.9/WG.III/WP.59 ont été expliqués par référence au dernier paragraphe de ce document, où il est indiqué qu'étant donné le large recours à l'arbitrage par le secteur maritime en général la solution la plus appropriée, dans le projet de convention, serait d'insérer

une disposition permettant l'opposabilité des conventions d'arbitrage dans les contrats de transport sans restriction.

Liberté absolue de recourir à l'arbitrage

88. Le point de vue selon lequel le projet de convention devrait autoriser l'opposabilité absolue des conventions d'arbitrage dans les contrats de transport a été appuyé. Il a été dit que l'arbitrage était un moyen extrêmement répandu dans le monde de régler les litiges concernant des contrats de transport. On s'est demandé avec scepticisme s'il était nécessaire de protéger le régime de compétence énoncé dans le projet de convention en réduisant la liberté de recourir à l'arbitrage dans le secteur des services réguliers, qui n'y avait jamais beaucoup fait appel et qui, a-t-on avancé, avait peu de chances d'y recourir pour contourner les règles relatives à la compétence. On a également mis en garde contre le risque d'une réglementation excessive de l'arbitrage, ce qui nuirait à son efficacité.

Dispositions relatives à l'arbitrage dans les Règles de Hambourg

89. L'avis a également été exprimé que le Groupe de travail devrait envisager d'adopter des règles d'arbitrage semblables à celles que l'on trouvait à l'article 22 des Règles de Hambourg et qui étaient déjà incluses pour examen dans le chapitre sur l'arbitrage des documents A/CN.9/WG.III/WP.32 et A/CN.9/WG.III/WP.56. On a dit qu'un avantage de ces règles était qu'elles résultaient déjà d'un compromis atteint lors de leur négociation. Ce point de vue a bénéficié d'un certain appui. On a toutefois fait valoir qu'une difficulté liée à l'approche des Règles de Hambourg tenait au fait qu'elles réduisaient la sécurité commerciale en permettant à l'arbitrage de se tenir en un lieu parmi plusieurs possibles. On a estimé qu'un avantage de la proposition présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.54 était qu'elle permettait de régler le litige soit par l'arbitrage dans le lieu spécifié dans la disposition sur l'arbitrage, soit devant un tribunal étatique en un lieu désigné conformément au projet d'article 75. On a toutefois fait aussi observer que la diversité des lieux possibles pour l'arbitrage pouvait être considérée comme un avantage des Règles de Hambourg, dans ce sens qu'elles encourageaient le développement de l'arbitrage en différents lieux possibles, mais en soumettant l'arbitrage au même ensemble de règles.

La proposition de compromis du document A/CN.9/WG.III/WP.54

90. Un certain nombre de délégations ont indiqué clairement que leur position de départ, la première fois qu'il avait été question de l'arbitrage lors de la quatorzième session du Groupe de travail, avait été favorable à la liberté absolue de recourir à l'arbitrage. Mais, dans un esprit de compromis, elles en étaient venues à appuyer la proposition faite dans le document A/CN.9/WG.III/WP.54, en raison notamment de son respect du régime d'arbitrage international existant et du maintien du statu quo concernant les pratiques de l'arbitrage dans le secteur des transports maritimes. Certaines réserves ont été formulées sur le point de savoir si la proposition de compromis ne risquait pas en fait de limiter le développement de l'arbitrage dans les services réguliers, car il y avait peu de chances que des entreprises commerciales insèrent une disposition sur l'arbitrage dans un contrat sans savoir avec certitude où l'arbitrage aurait lieu, et cela risquait d'être impossible si ce choix était soumis à la liste du projet d'article 75. Enfin, bien que la proposition demande – de l'avis d'un

certain nombre de délégations – à être encore améliorée dans sa formulation, compte tenu en particulier des nouvelles dispositions envisagées pour le chapitre sur la compétence, elle a bénéficié d'un soutien comme texte de compromis destiné à encourager les efforts du Groupe de travail et comme base de discussions futures.

Précisions sur l'effet attendu de la proposition de compromis

91. Une question a été posée au sujet de la relation entre les alinéas a) et b) du paragraphe 2 du projet d'article 78 et sur le point de savoir si le demandeur devrait être tenu d'accorder un délai bref dans lequel le transporteur aurait à prendre une décision sur le transfert de la procédure du lieu spécifié dans la clause d'arbitrage en un lieu désigné au projet d'article 75. À la question de savoir quelles parties pourraient faire valoir un droit contre le transporteur en vertu de l'alinéa a), on a répondu que ce point ainsi que d'autres pourraient être abordés de façon plus pertinente lors de l'examen par le Groupe de travail du chapitre sur les droits d'action, et peut-être du chapitre sur le délai pour agir, tous deux prévus au programme de sa prochaine session.

Modifications suggérées à la proposition de compromis

92. Outre les modifications générales rendues nécessaires par les changements envisagés aux dispositions sur la compétence dans le projet d'instrument, certaines modifications spécifiques ont été suggérées. Au vu de l'orientation des débats dans le Groupe de travail sur la question de la compétence et des clauses d'élection de for dans le projet d'article 76, on a exprimé l'avis que les clauses d'arbitrage exclusives devraient être autorisées et exécutées sur les mêmes fondements que les clauses exclusives d'élection de for. Il a été estimé, et cet avis a recueilli un certain soutien, que l'effet d'une convention d'arbitrage à l'égard des tiers au contrat de transport devrait être précisé et harmonisé, au lieu d'être laissé au droit national comme dans le projet d'article 81 *bis*. Il a été suggéré que le projet d'article 83 du projet de convention serve de modèle à cet égard. Il a été répondu que l'élaboration de règles relatives aux tiers risquerait d'empiéter sur le domaine de la Convention de New York en ce qui concerne l'exécution des conventions d'arbitrage. De plus, l'inclusion d'une disposition dans le sens du projet d'article 85 du chapitre actuel sur l'arbitrage faisant obligation à l'arbitre d'appliquer les règles du projet de convention a bénéficié d'un certain soutien. Selon d'autres avis, une telle disposition était inutile puisque l'arbitre se reporterait au contrat de transport pour décider quelles règles appliquer, ce qui le mènerait, ou non, au projet de convention.

93. Certains changements rédactionnels spécifiques ont été proposés. L'avis selon lequel il faudrait placer entre crochets ou supprimer le mot "uniquement", au projet d'article 81 *bis* proposé, a été soutenu. Il a également été suggéré que le passage entre crochets "[d'une clause de compétence ou]" soit entièrement supprimé du projet d'article 81 *bis*, car de telles clauses étaient inhabituelles dans les services non réguliers et l'objectif de la proposition était de préserver le statu quo. D'autres avis ont été exprimés en faveur du maintien du texte et de la suppression des seuls crochets. La variante suivante destinée à remplacer et clarifier l'alinéa b) du paragraphe 2 du projet d'article 78 a été soutenue:

> "Le transporteur peut demander une procédure d'arbitrage conformément aux clauses de la convention d'arbitrage uniquement si la personne faisant valoir

un droit contre lui engage une procédure judiciaire dans un lieu spécifié dans cette convention".

Conclusions du Groupe de travail concernant les dispositions sur l'arbitrage

94. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail:

– A constaté qu'il y avait un large consensus en faveur de la proposition de compromis présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.54; et

– A décidé que la proposition devrait servir de base pour les travaux futurs, une fois modifiée à la lumière du débat ci-dessus et compte tenu de la révision prévue du projet d'article 76 sur la compétence.

Proposition de texte révisé pour le chapitre sur l'arbitrage

Débat général

95. Le Groupe de travail a poursuivi ses discussions en se fondant sur le texte ci-après proposé par certaines délégations et devant être inséré, en tant que nouveau projet de chapitre sur l'arbitrage, dans le projet de convention:

"Article 83. Conventions d'arbitrage

Sous réserve de l'article 85, si un contrat de transport soumis à la présente Convention comprend une convention d'arbitrage, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) La personne faisant valoir un droit contre le transporteur peut:

i) soit engager une procédure d'arbitrage conformément aux clauses de la convention d'arbitrage en un lieu qui y est spécifié,

ii) soit intenter une procédure judiciaire en tout autre lieu, à condition que ce lieu soit spécifié aux alinéas a), b) ou c) de l'article 75;

b) Si une personne fait valoir un droit contre un transporteur, ce dernier peut exiger une procédure d'arbitrage conformément aux clauses de la convention d'arbitrage uniquement si cette personne intente une procédure judiciaire:

i) en un lieu spécifié dans la convention d'arbitrage, ou

ii) devant un tribunal qui donnerait effet, en vertu de l'article 76, à un accord exclusif d'élection de for spécifiant le lieu désigné dans la convention d'arbitrage qui est exclusive en ce qui concerne l'action contre le transporteur.

Article 84. Convention d'arbitrage dans le transport non régulier

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'opposabilité d'une convention d'arbitrage dans un contrat de transport non régulier auquel la présente Convention ou les dispositions de la présente Convention s'appliquent du fait:

a) de l'application de l'article 10[4], ou

b) de l'incorporation volontaire par les parties de la présente Convention en tant que clause contractuelle d'un contrat de transport qui autrement ne serait pas soumis à la Convention.

Article 85. Conventions d'arbitrage après la naissance du litige

Nonobstant les dispositions du présent chapitre et du chapitre 16, après la naissance d'un litige, les parties à ce litige peuvent convenir de soumettre celui-ci à l'arbitrage en tout lieu."

96. On a répété que les projets d'articles 83, 84 et 85 proposés visaient la réalisation d'un compromis entre les délégations favorables à l'application la plus large du principe de la liberté de recours à l'arbitrage dans le projet de convention et celles estimant que, si l'arbitrage devait être accessible aux parties à un litige, il ne devait pas être utilisé pour contourner les chefs de compétence établis au projet d'article 75. Il a été rappelé au Groupe de travail que le but des projets de dispositions était de tenir compte des besoins des praticiens concernant l'utilisation de l'arbitrage dans le secteur des transports maritimes en prévoyant une liberté d'utilisation limitée dans la branche du transport régulier, où cette procédure n'était pas fréquente, et en accordant une large liberté dans la branche du transport non régulier, où, à l'inverse, cette procédure était le mode classique de règlement des litiges.

97. Il a été indiqué que le nouveau projet de texte proposé modifiait le libellé figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.54 en introduisant un nouveau sous-alinéa ii) à l'alinéa b) du projet d'article 83; en omettant le mot "uniquement" dans le projet d'article 84, sous réserve de changement en fonction des modifications qui seraient apportées au projet d'article 10; en supprimant les mots "[d'une clause de compétence ou]" du projet d'article 84; et en introduisant un nouveau projet d'article 85, en tant qu'article distinct reprenant un principe énoncé au paragraphe 5 c) du document A/CN.9/WG.III/WP.54. La question de la suppression des mots "[d'une clause de compétence ou]", figurant entre crochets, n'a pas été examinée.

98. Certains doutes ont été émis sur le projet de texte proposé. On a notamment exprimé la crainte qu'il n'entraîne une recherche du for le plus avantageux ou l'engagement d'actions multiples. On s'est inquiété, en outre, à propos du projet d'article 83 proposé, de ce que cette disposition risquait de limiter l'accès à l'arbitrage dans certaines circonstances. De façon générale, l'esprit de compromis a été réaffirmé et l'approche retenue dans cette proposition a été appuyée, malgré certaines préoccupations exposées ci-dessous.

Nouveau sous-alinéa ii) de l'alinéa b) du projet d'article 83

99. On a fait observer qu'il y avait un parallélisme entre les accords exclusifs d'élection de for, d'une part, et les conventions d'arbitrage, de l'autre, et que le projet de convention devait donc accorder un traitement semblable aux deux en

---

[4] Ce renvoi sera probablement modifié en fonction des changements qui seront apportés ultérieurement au projet d'article 10.

matière de liberté contractuelle. Il a ainsi été indiqué que le sous-alinéa ii) avait pour but d'autoriser les conventions d'arbitrage dans les cas où une clause de compétence exclusive serait reconnue conformément au projet d'article 76 du projet de convention, qui régissait la reconnaissance de ce type de clause. On a fait observer que ce sous-alinéa aurait pour effet d'élargir encore la liberté de recours à l'arbitrage dans la branche du transport régulier. En réponse à une demande de clarification, il a été expliqué que l'application du sous-alinéa ii) était subordonnée à l'existence d'une convention d'arbitrage. Il a donc été proposé de modifier le libellé de façon à l'indiquer expressément. On a aussi fait observer que ce sous-alinéa ne s'appliquait qu'aux actions contre le transporteur, mais non aux actions intentées par ce dernier.

100. Il y a toutefois eu des hésitations concernant le sous-alinéa ii) en raison d'un autre avis selon lequel les clauses exclusives d'élection de for et les conventions d'arbitrage différaient dans leur nature et dans leurs effets et selon lequel leur traitement dans le projet de convention devrait refléter ces différences. On a notamment considéré que le renvoi au projet d'article 76 posait problème, du fait qu'il établissait un lien entre les conventions d'arbitrage et la décision d'un État d'exécuter ou non des accords exclusifs d'élection de for. On s'est par ailleurs inquiété de ce que le sous-alinéa ii) risquait de priver le chargeur d'un lieu raisonnable pour protéger ses intérêts, eu égard notamment au coût plus élevé de l'arbitrage par rapport à une action judiciaire. Il a donc été proposé de supprimer le sous-alinéa ii).

Convention de New York et projet d'article 83

101. Il a été indiqué que le projet d'article 83 aurait pour effet de permettre à des tribunaux étatiques, sous certaines conditions, de déclarer qu'une convention d'arbitrage, bien que conclue de bonne foi, ne lierait pas les parties. On a ajouté qu'un tel résultat était non seulement inhabituel en droit commercial moderne, mais aussi contraire aux principes essentiels de l'arbitrage tels qu'ils étaient énoncés dans un certain nombre de textes largement acceptés comme la Convention de New York, en particulier l'article II-3, et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. On a aussi dit que si certaines dérogations au principe du respect des conventions d'arbitrage pouvaient être tolérées comme à l'article 22-3 des Règles de Hambourg, celles-ci ne pouvaient aller jusqu'à empêcher l'accès à l'arbitrage, comme l'envisageait le nouveau projet d'article 83, sans porter fondamentalement atteinte à ce principe. Il a été proposé que le Groupe de travail sollicite l'avis du Groupe de travail II de la CNUDCI (Arbitrage) à propos des dispositions du projet de convention relatives à l'arbitrage.

102. En réponse, il a été indiqué que, pour nombre de raisons, le texte proposé n'était pas incompatible avec la Convention de New York. Il a ainsi été expliqué que le principe fondamental de la Convention de New York n'exigeait pas la reconnaissance générale de toutes les conventions d'arbitrage, mais seulement la non-discrimination à l'égard des conventions d'arbitrage par rapport aux clauses de compétence. On a ajouté que, les conventions d'arbitrage étant autorisées par le projet de texte exactement dans les mêmes cas où des clauses de compétence exclusive seraient reconnues, celui-ci ne portait pas atteinte au principe fondamental de la Convention de New York. On a indiqué en outre que le fait que l'opposabilité des conventions d'arbitrage soit restreinte résultait de la pratique commerciale

maritime, qui limitait la liberté de recours à l'arbitrage dans certaines circonstances et pour certaines branches.

Conclusions du Groupe de travail concernant les dispositions révisées sur l'arbitrage

103. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que l'approche générale des projets d'articles 83, 84 et 85 était acceptable en tant qu'élément d'un compromis sur la compétence et l'arbitrage;

– Qu'il faudrait conserver, pour examen ultérieur, ces projets d'articles dans un projet de chapitre sur l'arbitrage à insérer dans le projet de convention;

– Que le chapeau du projet d'article 83 devrait figurer entre crochets en attendant de clarifier la relation entre ce projet d'article et la Convention de New York et sous réserve de régler tout conflit potentiel entre les deux instruments; et

– Que le sous-alinéa ii) de l'alinéa b) du projet d'article 83 devrait être placé entre crochets en attendant la prochaine lecture.

Obligations du chargeur – Chapitre 8

Débat général

104. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du chapitre du projet de convention relatif aux obligations du chargeur datait de sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 118 à 161).

105. Il a été fait observer que ce chapitre rompait avec la pratique antérieure dans le domaine du transport maritime, les autres instruments internationaux sur le sujet n'ayant pas de dispositions aussi détaillées sur les obligations du chargeur. Les Règles de La Haye-Visby comportaient une seule disposition sur la responsabilité du chargeur (art. 4-3), et les Règles de Hambourg, deux (art. 12 et 13). Certaines conventions sur les transports contenaient bien des dispositions de ce type, comme la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (CMNI), mais on a fait observer que le projet de convention créait un régime de responsabilité nouveau et, selon certains, lourd pour les chargeurs.

106. On s'est demandé si ce chapitre était en fait vraiment nécessaire. Selon une opinion, il imposait une lourde responsabilité aux chargeurs, et on a estimé que les petits chargeurs, en particulier dans les pays en développement, pourraient éprouver des difficultés à satisfaire aux exigences posées dans le projet de convention. On s'est aussi dit préoccupé par les dispositions du chapitre relatives à la charge de la preuve qui incombait au chargeur et au fondement de la responsabilité de ce dernier, qui sont examinées de manière plus approfondie aux paragraphes 136 à 153 ci-après.

107. D'une manière générale, on s'est déclaré favorable à ce que le chapitre relatif aux obligations du chargeur figure dans le projet de convention, au motif qu'il reflétait le contexte actuel où, en vertu du contrat de transport, le chargeur et le transporteur devaient coopérer pour prévenir la perte ou l'endommagement des marchandises ou du navire. On a exprimé l'avis que les obligations prévues dans le contrat de transport avaient évolué au fil des ans au-delà de la simple acceptation de transporter des marchandises et de payer pour ce transport. Il a été dit que cette coopération entre le chargeur et le transporteur devait être abordée dans le projet de convention.

108. Bien que l'insertion d'un chapitre relatif aux obligations du chargeur dans le projet d'instrument ait été appuyée, il a été dit que les actuels projets d'articles du chapitre sortaient trop du champ de la relation contractuelle. On a estimé que les aspects des dispositions qui débordaient le cadre de la relation contractuelle et concernaient des tiers, tels que les destinataires, devaient de ce fait être supprimés du chapitre. Dans ce contexte, il a été noté qu'il fallait trouver un équilibre général, dans le projet de convention, entre les obligations du chargeur et celles du transporteur, et il a été dit qu'il n'était pas mauvais que le projet de convention prévoie des obligations pour les chargeurs. On a toutefois attiré l'attention sur le fait que des obligations inutilement détaillées risquaient de faire obstacle à la ratification du projet de convention. L'insertion du chapitre dans le projet de convention a néanmoins bénéficié d'un important soutien compte tenu des tendances actuelles, déjà évoquées au paragraphe ci-dessus.

Projet d'article 28. Remise des marchandises pour le transport

Débat général

109. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 28 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 118 à 125). Le Groupe a examiné le texte du projet d'article 28 tel qu'il figure aux annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

Première phrase

110. Le texte de la première phrase a été largement soutenu. En outre, il a été proposé, et accepté de manière générale, de déplacer les mots "à moins qu'il n'en soit convenu autrement" du milieu au début de la phrase au motif que, s'ils étaient maintenus au milieu de la phrase, cette dernière pourrait laisser penser que le fait que les marchandises soient prêtes pour le transport n'était pas une question sur laquelle les parties pouvaient se mettre d'accord; or il pouvait y avoir des cas où le chargeur et le transporteur convenaient de transporter des marchandises alors qu'elles n'étaient pas prêtes pour le transport, par manque de temps. En réponse aux préoccupations exprimées, il a été dit, et cet avis a été appuyé, que l'insertion de ces mots en début de phrase ne signifiait pas que les parties pourraient convenir de déroger aux obligations d'emballer ou d'arrimer les marchandises en toute sûreté et sécurité étant donné que ces obligations seraient soumises à d'autres dispositions, relatives par exemple aux marchandises dangereuses. Selon l'avis opposé cependant, le chargeur ne devrait pas avoir la possibilité de se soustraire contractuellement aux obligations que lui imposait la première phrase du projet d'article.

Deuxième phrase

111. L'avis selon lequel la deuxième phrase pouvait purement et simplement être supprimée parce qu'elle était superflue et n'apportait rien de plus que la première a bénéficié d'un certain soutien. Son maintien, a-t-on estimé, ne ferait qu'ajouter ambiguïté et problèmes d'interprétation au projet d'article dans son ensemble.

112. Le maintien de la deuxième phrase parce qu'elle avait au moins l'intérêt pratique de rappeler au chargeur l'importance qu'il y avait à arrimer et fixer les marchandises de manière à ce qu'elles résistent au voyage a été fermement appuyé. On a noté que la fréquence des dommages corporels et matériels dus à des chargements mal fixés augmentait et qu'il fallait insister sur l'importance d'une fixation qui permette aux marchandises de résister au transport prévu.

113. Nonobstant la décision du Groupe de travail de la maintenir, on a dit que la deuxième phrase était trop détaillée et trop répétitive, et on a proposé de la simplifier et d'en insérer les principaux points dans la première. L'autre formule possible, consistant à remplacer la deuxième phrase par le texte proposé dans les notes 116 et 435 du document A/CN.9/WG.III/WP.56, a eu des partisans.

114. Il a été proposé de rédiger le texte de telle sorte que le chargeur ait la liberté de déroger par convention à l'obligation prévue dans la deuxième phrase, et que celle-ci commence par les mots "à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport". Des opinions contraires ont été exprimées, y compris la suggestion d'insérer les mots "sans préjudice de ce qui précède" au début de la deuxième phrase, afin de faire ressortir clairement sa relation avec la première.

115. D'autres propositions rédactionnelles ont visé à faire de la deuxième phrase un paragraphe séparé, au motif que l'expression "à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport", traduite dans certaines langues, se rapporterait aussi bien à la première qu'à la deuxième phrase. On a fait observer qu'il serait possible d'harmoniser les mots "conteneur" et "remorque" employés dans la deuxième phrase avec les termes retenus ailleurs dans le projet de convention, comme au paragraphe 3 du projet d'article 64, où il était question d'"engins de transport".

Suggestions d'ordre rédactionnel pour le projet d'article dans son ensemble

116. Un certain nombre de suggestions générales ont été faites concernant la rédaction du projet d'article dans son ensemble. Celle qui consistait à modifier le titre du chapitre pour mieux en refléter la portée en indiquant "Obligations du chargeur envers le transporteur" a eu des partisans. Il a été suggéré aussi que le texte du projet d'article indique clairement envers qui le chargeur avait des responsabilités, étant donné en particulier l'étendue possible des dispositions du chapitre 14, relatif aux droits d'action en vertu du projet de convention.

117. On a généralement appuyé l'observation selon laquelle les mots "transport prévu", dans les deux phrases, étaient interprétés comme désignant toutes les étapes du transport. Pour que cela soit bien clair, il a été proposé de remplacer les deux occurrences de "au transport prévu" par "à toutes les étapes du transport prévu".

118. On a en outre suggéré d'employer dans les deux phrases des termes plus simples, tels que "chargement" et "déchargement", à la place de la liste d'obligations liées à l'arrimage et à la fixation des marchandises. On a aussi

considéré qu'établir une liste de ces méthodes risquait d'induire en erreur si une méthode était omise, et il a été proposé d'employer à la place les mots "prêtes pour le transport". On a également dit que la traduction de cette liste entraînait dans certaines langues des redondances et des chevauchements de termes.

Emploi du mot "injury"

119. Selon un avis, le mot "injury" dans la version anglaise n'avait pas sa place dans le projet d'article, car on pouvait considérer qu'il faisait sortir la disposition du cadre du contrat de transport conclu entre le transporteur et le chargeur pour l'étendre à des tiers. On a estimé qu'il fallait le remplacer par le mot "loss" (perte), afin de montrer que lorsque, par exemple, des marchandises mal emballées par le chargeur causaient un dommage à un employé du transporteur, ce dernier pourrait demander réparation au chargeur pour la perte occasionnée par le dédommagement de l'employé. On a également exprimé l'avis que le mot "perte" devrait remplacer l'expression "injury or damage" figurant dans le projet d'article. Selon un autre avis, toutefois, il faudrait, tout en évitant que cette disposition établisse une responsabilité indépendante du chargeur pour un préjudice causé à des tiers, revenir sur l'emploi du mot une fois que le Groupe de travail aurait étudié le projet d'article 31 relatif au fondement de la responsabilité du chargeur. Une autre suggestion d'ordre rédactionnel visant à limiter le champ d'application de cette disposition aux parties au contrat de transport a été d'ajouter les mots "pour lequel le transporteur est responsable" à la fin de la phrase.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 28

120. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que le titre du chapitre devrait mentionner les obligations du chargeur envers le transporteur;
- Que le secrétariat devrait envisager, dans la première phrase, de déplacer l'expression "à moins qu'il n'en soit convenu autrement", en plus des autres modifications proposées au cours du débat;
- Qu'il faudrait maintenir la deuxième phrase, mais que le secrétariat devrait en simplifier le libellé en ayant à l'esprit les notes 116 et 435 du document A/CN.9/WG.III/WP.56, ainsi que les observations et les propositions formulées au cours du débat du Groupe de travail; et
- Qu'il faudrait clarifier l'emploi du mot "injury" et éventuellement le placer entre crochets comme variante, et que le secrétariat devrait revenir sur ce mot lorsqu'il établirait un nouveau texte à la lumière de l'examen du projet d'article 31.

Projet d'article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions

Débat général

121. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 29 à sa treizième session (voir document A/CN.9/552, par. 124 à 129).

122. On a fait observer que cette disposition énonçait l'obligation de coopération des parties concernant l'échange d'informations nécessaires à l'exécution du contrat de transport. À cet égard, il a également été fait référence au principe de bonne foi dans les relations contractuelles. Des points de vue divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le projet d'article 29 était destiné à définir l'obligation du transporteur d'aider le chargeur à s'acquitter de l'obligation qui lui était faite au projet d'article 30 de lui fournir des informations, instructions et documents, ou de celle qui lui était faite au projet d'article 28 de remettre les marchandises prêtes pour le transport. L'avis selon lequel le projet d'article 29 n'était pas destiné à établir une responsabilité indépendante du transporteur s'il ne fournissait pas les informations nécessaires au chargeur, mais plutôt à le priver de la possibilité d'invoquer son propre manquement lorsqu'il faisait l'objet d'une action concernant les marchandises, a été soutenu.

123. L'avis selon lequel il faudrait supprimer le projet d'article 29 a été appuyé. Il a été fait observer que les obligations du transporteur qui y figuraient étaient déjà visées, au moins implicitement, dans le projet de chapitre 5 sur les obligations du transporteur. Il a été dit aussi que le projet d'article 29 était trop général et trop subjectif pour apporter quoi que ce soit à l'obligation implicite existante du transporteur. La proposition de remplacer le projet d'article 29 par une disposition générale sur l'obligation de coopération des parties dans l'échange d'informations aux fins de l'exécution du contrat de transport a eu des partisans. En plus du projet d'article 29, il a été suggéré de supprimer aussi le projet d'article 18, qui énonçait la responsabilité du transporteur en cas de perte ou de dommage dus au non-respect dudit projet d'article 29.

124. Toutefois, l'opinion contraire, favorable au maintien du projet d'article 29, a également été exprimée. Certains ont appuyé l'avis selon lequel cette disposition pourrait être particulièrement importante dans le transport multimodal lorsque le transporteur n'était pas obligé de choisir les modes de transport avant l'exécution du contrat de transport mais que ces modes pouvaient influer sur l'exécution par le chargeur de ses obligations de remettre les marchandises prêtes pour le transport au titre du projet d'article 28. À cela il a été répondu que le transporteur ne savait pas nécessairement à l'avance quels modes de transport il utiliserait. On a fait valoir comme arguments supplémentaires en faveur du maintien du projet d'article 29 qu'il était utile d'expliciter les obligations du transporteur et que l'on pouvait également considérer que la disposition équilibrait les obligations des parties en matière de fourniture d'informations. À cet égard, il a été proposé que les mots "à sa demande" soient supprimés du projet d'article 29, car l'obligation faite au chargeur, au projet d'article 30, de fournir des informations ne comportait pas de condition similaire.

125. Il a été suggéré que le Groupe de travail se prononce sur le projet d'article 29 après le débat sur le fondement de la responsabilité du chargeur au projet d'article 31 afin de saisir pleinement la relation entre les deux dispositions.

126. Du point de vue rédactionnel, il a été suggéré que l'expression "et en temps utile" ainsi que la dernière phrase du projet d'article 29, qui figuraient l'une et l'autre entre crochets, soient supprimées, puisque l'obligation de fournir des informations et des instructions exactes et complètes en temps utile était implicite dans l'obligation générale du projet d'article 29. De plus, on a fait observer que le maintien de la dernière phrase entre crochets du projet d'article 29, sur le caractère exact et complet des informations, nécessiterait l'adoption de la même formule dans

les dispositions similaires exigeant la fourniture d'informations, comme par exemple le projet d'article 59. L'avis contraire a été exprimé, à savoir qu'il faudrait conserver l'expression "en temps utile" et supprimer les crochets qui l'entouraient puisque, a-t-on fait valoir, cette obligation était une obligation distincte et n'était pas implicite dans l'obligation générale de fournir des informations.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 29

127. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 29 devrait être conservé, mais placé entre crochets en attendant qu'il débatte sur le projet d'article 31;

– Que, lors de l'élaboration d'une version révisée du projet d'article 29, il faudrait envisager de remplacer le texte existant par une disposition plus générale mettant l'accent sur la coopération du chargeur et du transporteur en matière de fourniture d'informations; et

– Que les modifications apportées au texte du projet d'article 29 devraient tenir compte du projet d'article 18.

Projet d'article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents

Débat général

128. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 30 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 130 à 137).

129. Il a été observé que cette disposition était considérée comme particulièrement importante au vu de la pratique contemporaine dans les transports faisant qu'un transporteur voyait rarement les marchandises qu'il transportait, même lorsqu'elles n'étaient pas conteneurisées. Dans ce contexte, il a été dit que l'échange d'informations fiables entre le chargeur et le transporteur était de la plus haute importance pour la bonne exécution d'un contrat de transport, en particulier dans le cas de marchandises dangereuses. On a indiqué que, malgré quelques problèmes rédactionnels à l'alinéa b) auxquels il fallait prêter attention, le Groupe de travail devrait être incité au cours de ses débats à ne pas perdre de vue l'importance des obligations du chargeur énoncées par cette disposition. À titre préliminaire, il a été suggéré que les mots "[en temps utile]" et "[exacts et complets]", dans le chapeau, soient traités de la même manière que le texte similaire du projet d'article 29.

Critères objectif et subjectif

130. Il a été indiqué que les mots "raisonnablement nécessaires pour", dans le chapeau du projet d'article 30, introduisaient un critère objectif, à savoir la nécessité des informations que le chargeur devait fournir, alors que les mots "peut/puisse raisonnablement supposer" aux alinéas a) et c) de ce projet d'article représentaient un critère subjectif, à savoir les suppositions du chargeur à propos de ce que le transporteur savait ou pas. On a émis l'avis que la présence des deux critères pouvait prêter à confusion. De plus, il a été observé que si les alinéas a) ou c) devaient finalement relever d'un régime de responsabilité fondé sur la faute conformément au projet d'article 31, les mots "raisonnablement supposer" seraient inutiles et pourraient être supprimés.

Alinéa b)

131. On a exprimé l'avis que le texte actuel de l'alinéa b) du projet d'article 30 était extrêmement général et que son application risquait de poser des problèmes, notamment parce qu'il pouvait soumettre le chargeur à un régime de la responsabilité sans faute en vertu de l'article 31. Une difficulté concernait par exemple la responsabilité pour les différentes obligations douanières au cas où le mode de transport changerait en cours de route durant le transport multimodal.

132. Il a été répondu que le libellé de cet alinéa b) était large parce qu'il était difficile de fournir une liste complète et détaillée de tous les documents nécessaires au transport. Il a été dit que l'adoption pour cette obligation d'un régime de responsabilité fondée sur la faute pourrait répondre à un certain nombre de préoccupations liées à cette disposition, et qu'un régime de responsabilité sans faute pourrait être limité à la violation de règles impératives.

Retard

133. Il a été observé que l'inclusion dans le projet d'article 31 d'une référence entre crochets au retard comme fondement de la responsabilité du chargeur aggravait les difficultés notées à propos de l'alinéa b). Par exemple, si le chargeur d'un conteneur unique sur un grand porte-conteneurs ne fournissait pas un document nécessaire aux autorités douanières en vertu de cet alinéa, et était de ce fait responsable du retard, non seulement du transporteur, mais aussi de tous les autres chargeurs du navire, ce chargeur s'exposerait à des pertes imprévisibles et potentiellement énormes pour cette seule omission. On a dit que le fait que le projet de convention ne prévoyait pas actuellement de limitation de la responsabilité du chargeur aggravait encore les choses. Ce problème a été débattu de manière plus approfondie dans le cadre du projet d'article 31 (voir ci-dessous, par. 147).

Alinéa c)

134. Il a été proposé d'insérer à l'alinéa c) du projet d'article 30 une référence à l'alinéa a) du projet d'article 38-1, et ce faisant d'inclure l'exactitude de la description des marchandises dans la liste des obligations pour lesquelles le chargeur encourait une responsabilité sans faute en vertu du projet d'article 31. Toutefois, il a été rappelé au Groupe de travail que l'article 3-5 des Règles de La Haye-Visby mentionnait uniquement l'exactitude de la description des marchandises au moment du chargement, et que la portée de l'alinéa c) était beaucoup plus large et s'appliquerait à toute la durée du voyage. On a attiré l'attention sur le fait que, comme l'alinéa b), cette disposition, lorsqu'on associait sa portée à la règle éventuelle de responsabilité sans faute du projet d'article 31, risquait de produire des conséquences potentiellement graves pour le chargeur. Il a été noté que, si la variante B du projet d'article 31-2 était adoptée, la responsabilité du chargeur serait limitée aux informations sur les marchandises effectivement fournies par lui, ce qui lui épargnerait certains des aspects les plus sévères du régime de responsabilité sans faute de la variante A.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 30

135. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que les mots “[en temps utile]” et “[exacts et complets]”, dans le chapeau, devraient être considérés de la même manière que le texte similaire du projet d’article 29;

– Que l’alinéa b) devrait être placé entre crochets, en attendant qu’il ait examiné le projet d’article 31;

– Que les améliorations d’ordre rédactionnel apportées à ce projet d’article devraient tenir compte du document A/CN.9/WG.III/WP.55, ainsi que des instruments internationaux tels que la Convention CMNI et des propositions des délégations; et

– Que le débat du Groupe de travail sur le fondement de la responsabilité du chargeur dans le projet d’article 31 devrait être pris en considération dans les versions futures du projet d’article 30; et

– Que l’alinéa c) du projet d’article 30 devrait renvoyer non seulement aux alinéas b) et c) mais aussi à l’alinéa a) du paragraphe 1 du projet d’article 38.

Projet d’article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur

Débat général

136. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné pour la dernière fois le projet d’article 31 relatif au fondement de la responsabilité du chargeur à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 138 à 148). Le texte du projet d’article 31 à l’étude était celui figurant dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

137. On a souscrit à l’observation générale selon laquelle le projet d’article 31 était particulièrement préoccupant du fait que ce chapitre du projet de convention imposait au chargeur des obligations plus étendues que celles prévues dans les régimes existant en matière de transport maritime. On a estimé que l’application, dans cette disposition, d’un régime de responsabilité de plein droit relativement étendu au chargeur, sans possibilité pour lui de limiter sa responsabilité, était très problématique, de même que l’introduction d’un concept de faute présumée au paragraphe 1. On a proposé – et cette proposition a été appuyée – que la règle générale prévue au projet d’article 31 se rapproche davantage de celle de l’article 12 des Règles de Hambourg, avec quelques modifications possibles.

Faute présumée et charge de la preuve

138. On s’est dit préoccupé par l’inclusion, dans le projet de paragraphe 1, du concept de faute présumée de la part du chargeur. Il a été fait observer que la faute présumée revenait à faire retomber la charge de la preuve sur le chargeur, ce que ne faisaient pas les régimes existant en matière de transport maritime. En règle générale, il incombait au transporteur de prouver que la perte ou le dommage avait été causé par un manquement ou une négligence de la part du chargeur, par exemple la non-communication des informations nécessaires. Une fois que le transporteur avait prouvé la cause de la perte ou du dommage, le chargeur avait la possibilité de prouver que cette perte ou ce dommage n’était pas dû à une faute de sa part. Ce régime général, pensait-on, tenait compte du fait que le transporteur était souvent mieux placé pour établir les événements survenus en cours de transport, étant donné

qu'il était en possession des marchandises. Le Groupe de travail a souscrit dans son ensemble à l'avis selon lequel le principe traditionnel de la responsabilité pour faute énoncé à l'article 12 des Règles de Hambourg et à l'article 4-3 des Règles de La Haye-Visby devait être préservé en tant que régime général, la responsabilité de plein droit ne devant s'appliquer que dans certaines situations, comme expliqué ci-après.

139. Selon l'avis contraire, qui a bénéficié d'un certain soutien, le texte du paragraphe 1 convenait et le principe énoncé dans les Règles de Hambourg n'était pas nécessairement équitable pour le transporteur, puisque la plupart des conteneurs dans les transports modernes étaient empotés par les chargeurs et que, de ce fait, le transporteur avait des difficultés à prouver la cause de la perte. Il a également été souligné que l'article 12 des Règles de Hambourg n'indiquait pas à qui incombait la charge de la preuve et que le projet d'article 31 ne faisait qu'expliciter la conclusion logique à laquelle parviendrait un tribunal, à savoir que le chargeur devant répondre d'un préjudice qui lui était reproché sur le fondement des projets d'articles 28 et 30 a) chercherait à prouver qu'il n'avait commis aucune faute.

Personne envers laquelle le chargeur est responsable

140. Il a été généralement convenu que la responsabilité du chargeur ne devrait s'appliquer que dans le cadre de la relation contractuelle entre ce dernier et le transporteur et s'étendre éventuellement aux parties exécutantes maritimes dont on pouvait considérer qu'elles avaient un lien suffisamment étroit avec cette relation contractuelle. Il a été proposé de bien préciser, dans le titre et le texte de l'article, que cette disposition se limitait à la responsabilité du chargeur envers le transporteur ainsi que de supprimer le paragraphe 3 du projet d'article 31, qui avait trait à la responsabilité envers un destinataire ou une partie contrôlante et d'insérer son contenu dans une autre partie du projet de convention.

"Loss", "damage" et "injury"

141. Il a été proposé – et cette proposition a été appuyée – de supprimer le terme "injury" du paragraphe 1 du projet d'article 31, encore une fois pour bien montrer que l'intention n'était pas de créer un droit en faveur des tiers, aspect dont on avait déjà débattu à propos de l'inclusion de ce terme dans le projet d'article 28 (voir ci-dessus, par. 119). Il a également été suggéré de supprimer aussi le mot "damage" (dommage) et de ne conserver que le mot "loss" (perte) dans le projet de paragraphe 1. La proposition de suppression du terme "injury" a été approuvée par le Groupe de travail. On a appuyé l'idée selon laquelle, malgré cette suppression, le projet de convention devrait permettre à un transporteur, qui aurait réglé une réclamation suite à un préjudice causé par la négligence du chargeur, de demander réparation à ce dernier pour la perte ainsi subie. Il a été proposé, à cette fin, de parler au paragraphe 1 de "perte subie par le transporteur". Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il fallait employer le terme "loss" (perte) seul avec prudence car celui-ci pouvait désigner non seulement la perte matérielle mais également la perte indirecte.

142. On a fait observer que l'article 12 des Règles de Hambourg mentionnait également les dommages subis par le navire du fait du chargeur. Il a été demandé si les dommages occasionnés au navire devaient aussi être inclus dans le projet d'article 31 et, selon un avis, le mot "loss" (perte) englobait les dommages causés

au navire. Il a été fait remarquer que la responsabilité du chargeur pouvait devenir très étendue dans ces cas.

Retard

143. Selon un point de vue, qui a été appuyé, le fait de considérer le “retard” comme une source de responsabilité du chargeur était particulièrement problématique car il pourrait exposer ce dernier à une responsabilité énorme et potentiellement non assurable. Par exemple, un chargeur qui ne fournissait pas un document douanier nécessaire pouvait retarder le navire et être tenu de réparer non seulement la perte subie par le transporteur, ce qui pouvait l’obliger à verser des dommages-intérêts énormes pour préjudice indirect, mais également la perte causée à tous les autres chargeurs dont les conteneurs se trouvaient sur le navire. Il a donc été proposé de supprimer le mot “retard” du projet de texte. Il a en outre été observé que si le mot “retard” était maintenu dans le texte, la responsabilité du chargeur devrait être limitée dans une mesure raisonnable.

144. Selon l’avis contraire, le mot “retard” ne devrait pas être supprimé. Il a été dit que la responsabilité du chargeur et du transporteur pour retard était un aspect important du projet de convention. On a argué que la suppression de ce mot remettait en question la création d’une responsabilité de plein droit pour communication d’informations incorrectes, car de telles informations étaient la cause la plus fréquente du retard.

145. Selon une opinion, qui a bénéficié d’un certain soutien, le retard, bien que problématique, ne devait pas être trop rapidement écarté en tant que fondement de la responsabilité et il a été proposé de le traiter éventuellement comme une source distincte de responsabilité, qu’il soit causé par le chargeur ou par le transporteur. Il a été noté que la perte due à un retard pouvait non seulement être énorme, comme cela était indiqué plus haut, mais avoir également des causes multiples.

146. Il a été rappelé au Groupe de travail que le “retard” était une des sources de responsabilité du transporteur dans le projet de convention et il a été dit que, si cette source de responsabilité était supprimée pour le chargeur, il fallait revoir en conséquence la responsabilité du transporteur. Il a été expliqué qu’il ne s’agissait pas simplement d’établir un équilibre entre les droits et les obligations du chargeur et du transporteur dans le projet de convention mais qu’il ne serait pas équitable de tenir le transporteur responsable d’un retard qu’il n’avait peut-être pas causé lui-même et pour lequel il ne pouvait demander réparation au chargeur, qui lui était responsable. Ce point de vue a été appuyé.

Limitation de la responsabilité

147. Il a été proposé, et cette proposition a bénéficié d’un certain soutien, de limiter la responsabilité du chargeur, si le “retard” devait être retenu dans le projet d’article 31, étant donné la responsabilité étendue et potentiellement non assurable que ce dernier pouvait encourir. Il a également été suggéré de limiter en tout état de cause la responsabilité du chargeur pour les pertes indirectes, car, par exemple, celui-ci pouvait être amené à assumer une responsabilité étendue mais probablement assurable pour les dommages causés au navire. On a cependant souligné qu’il serait difficile de trouver un moyen raisonnable de fixer cette limite de responsabilité. De l’avis général, cette limite devait être suffisamment élevée pour inciter assez

fortement le chargeur à fournir au transporteur des informations exactes mais également prévisible et suffisamment faible pour que la responsabilité potentielle soit assurable. Il a été estimé que les termes de la variante B du paragraphe 2 de l'article 31, à savoir "[le chargeur] doit indemniser le transporteur" ou une référence à la valeur des marchandises du chargeur pourraient constituer un bon point de départ pour des discussions ultérieures sur la question.

Responsabilité sans faute

148. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir quelles obligations du chargeur devaient être soumises à un régime de responsabilité sans faute, tel celui prévu au paragraphe 2 du projet d'article 31. Selon un avis généralement appuyé, le chargeur devait être tenu responsable de plein droit de l'exactitude des informations fournies par lui au transporteur conformément à l'alinéa c) de l'article 30, à moins que l'inexactitude n'ait été causée par le transporteur. On a aussi suggéré l'élaboration d'une disposition distincte pour cette responsabilité allant dans le sens du traitement spécial accordé aux marchandises dangereuses dans le projet d'article 33. Cette idée a été appuyée car, a-t-on dit, une telle disposition clarifierait la structure du chapitre et permettrait de supprimer l'alinéa c) du projet d'article 30 et le paragraphe 2 du projet d'article 31. En outre, il a été estimé – et cet avis a bénéficié d'un certain soutien – que la responsabilité sans faute devait se limiter à l'exactitude des informations effectivement fournies par le chargeur pour être insérées dans les documents de transport. Il a par ailleurs été observé que la responsabilité sans faute ne devait pas être étendue aux erreurs de jugement de la part du chargeur concernant la nécessité des informations demandées et que l'intégration de l'alinéa b) du projet d'article 30 au régime de responsabilité sans faute dépendrait du contenu des textes après leur reformulation.

149. On a soutenu l'idée selon laquelle, si l'on élaborait des dispositions distinctes pour la responsabilité du chargeur fondée, d'une part, sur la faute et, d'autre part, sur l'absence de faute, une disposition telle que le projet d'article 29 aurait moins lieu d'être et le Groupe de travail pourrait envisager de la supprimer. À cette idée, il a été objecté qu'il serait peut-être néanmoins préférable d'inclure une obligation explicite pour le transporteur de fournir au chargeur les informations nécessaires sur le voyage prévu, de sorte que ce dernier puisse s'acquitter de ses obligations en vertu du projet d'article 28.

150. Il a aussi été déclaré qu'outre la fourniture d'informations inexactes au transporteur et la question des marchandises dangereuses une troisième catégorie exigeait une responsabilité sans faute du chargeur. Cette catégorie, a-t-on dit, concernait la sécurité et devait s'appliquer aux marchandises interdites en raison de leur lien potentiel avec des armes de destruction massive ou des utilisations analogues. Il a été dit qu'en pareilles situations le transporteur s'exposait à des pertes et à des peines importantes en cas de manquement de la part du chargeur et que, dans de telles circonstances, ce dernier devait être tenu responsable de plein droit. Cette proposition a suscité un certain intérêt, mais on a aussi émis l'avis contraire, selon lequel la responsabilité sans faute ne devait pas s'appliquer au transport de marchandises extrêmement dangereuses, de marchandises militaires ou d'autres marchandises apparentées.

Paragraphe 3 du projet d'article 31

151. Il a été proposé de conserver le libellé du projet de paragraphe 3, mais d'ajouter à la fin de la phrase le texte ci-après: "dans la mesure où ils sont chacun responsables de cette perte ou ce dommage. Lorsque l'étendue de la faute commise par chacun ne peut être déterminée, chaque partie répond de la moitié de la perte ou du dommage". À l'encontre de cette proposition, on a fermement soutenu l'idée de supprimer le paragraphe 3, car le Groupe de travail était convenu que le projet d'article 31 devait se concentrer sur la relation contractuelle entre le chargeur et le transporteur et qu'un projet d'article sur les causes concurrentes serait inséré ailleurs dans le projet de convention pour traiter la répartition de la responsabilité entre le transporteur et le chargeur dans les cas où des causes multiples étaient à l'origine de la perte.

Propositions rédactionnelles générales

152. Pour l'élaboration du texte révisé destiné à remplacer le projet d'article 31, il a été proposé qu'on s'inspire des libellés figurant au paragraphe 26 du document A/CN.9/WG.III/WP.55 et des paragraphes 1 et 2 (variante B) du projet d'article 31 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ainsi que de l'approche suivie à l'article 12 des Règles de Hambourg et, de façon générale, de l'article 4-3 des Règles de La Haye-Visby. Des propositions plus précises ont aussi été faites, telles que la suppression de la référence à des éléments d'information "complets et fournis en temps utile" dans la variante B du paragraphe 2 de sorte que la disposition suive de plus près les dispositions des Règles de Hambourg et les Règles de La Haye-Visby. On a également proposé le nouveau libellé suivant pour remédier à certains problèmes dans le premier paragraphe: "Le chargeur est responsable de la perte ou du dommage résultant du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 et de l'alinéa a) de l'article 30 sauf si" suivi du reste du projet de paragraphe; il a toutefois été dit que ce libellé risquait de maintenir le renversement du fardeau de la preuve à l'encontre du chargeur.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 31

153. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait adapter le titre et le libellé du projet d'article 31 de façon à montrer qu'il porte sur les relations dans le cadre du contrat de transport;
- Qu'il faudrait adopter un régime fondé sur la faute en tant que régime général établissant la responsabilité du chargeur pour le non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des projets d'articles 28 et 30;
- Qu'une responsabilité sans faute devrait peser sur le chargeur pour les marchandises dangereuses dans le cadre du projet d'article 33 (voir ci-dessous) et en cas de fourniture d'informations inexactes en violation de l'article 30 c);
- Que la nouvelle formulation du projet d'article 31 devrait s'inspirer des versions figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et au paragraphe 26 du document A/CN.9/WG.III/WP.55, ainsi que du régime prévu par les Règles de Hambourg et des avis exprimés plus haut par le Groupe de travail;

– Que le mot “injury” devrait être supprimé de la nouvelle version du projet d’article 31-1;

– Que, pour reformuler le projet d’article 31, il faudrait prendre en considération les avis émis sur la suppression du “retard” comme fondement de la responsabilité à la fois du transporteur et du chargeur, ainsi que la possibilité de limiter la responsabilité du chargeur; et

– Que, dans la nouvelle version du projet d’article 31, il faudrait tenir compte des discussions du Groupe de travail à propos du projet d’article 29 et apporter les ajustements nécessaires pour assurer la cohérence, y compris en supprimant ou en révisant éventuellement le projet d’article 29.

Projet d’article 32. Fausse déclaration grave du chargeur

Débat général

154. Il a été rappelé au Groupe de travail qu’il avait examiné pour la dernière fois le projet d’article 32 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 149 à 153).

155. On a indiqué que le projet d’article 32, relatif aux fausses déclarations déterminantes faites sciemment par le chargeur sur la nature ou la valeur des marchandises, s’inspirait de l’article 4-5 h) des Règles de La Haye-Visby. Il a été observé que cette disposition posait problème, car elle n’exigeait aucun lien de causalité entre la fausse déclaration du chargeur et la perte, le dommage ou le retard. En outre, pensait-on, l’obligation posée dans ce projet de disposition était déjà suffisamment traitée dans le projet d’article 17 relatif à la responsabilité du transporteur. Selon un avis contraire, le paragraphe 3 du projet d’article 17 portait sur les cas d’omission, mais non sur les fausses déclarations déterminantes, et le projet d’article 32 était utile à cet égard.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d’article 32

156. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d’article 32 devrait être supprimé du projet de convention.

Projet d’article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses

Débat général

157. Il a été rappelé au Groupe de travail qu’il avait examiné pour la dernière fois le projet d’article 29 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 138 à 148).

Paragraphe 1

Définition des marchandises dangereuses

158. Il a été estimé, et cet avis a été appuyé, que les instruments existant en matière de transport maritime ne contenaient pas de définition des marchandises dangereuses, et que la définition générale donnée au paragraphe 1 constituait un bon point de départ pour les discussions. Selon un autre point de vue, cette définition générale devrait plutôt faire référence à d’autres instruments internationaux régissant les marchandises dangereuses, comme le Code maritime international des

marchandises dangereuses (Code IMDG) ou la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention HNS). Il a été objecté qu'une référence à d'autres instruments, tels que ceux mentionnés, aurait un inconvénient, à savoir que les définitions fournies par ces derniers avaient été créées dans l'intérêt général, qu'elles étaient extrêmement techniques et qu'elles risquaient de devenir rapidement obsolètes. Il a été proposé qu'une définition des marchandises dangereuses précise aussi si les cargaisons illicites, par exemple de contrebande, relèveraient de cette catégorie.

"deviennent" et "risquent selon toute vraisemblance de présenter"

159. On a estimé que le paragraphe 1 du projet d'article 33 ne traitait pas de manière satisfaisante les cas où les marchandises étaient sans danger au moment de leur expédition et développaient par la suite des propriétés dangereuses. Il a donc été proposé d'insérer le mot "deviennent" avant "ou risquent selon toute vraisemblance de présenter", de façon à tenir compte de ces cas. On s'est toutefois demandé quelles incidences aurait cet ajout sur les obligations de marquage, d'étiquetage et d'information imposées au chargeur dans les paragraphes 2 et 3. Par ailleurs, la proposition de supprimer les mots "risquent selon toute vraisemblance de présenter" n'a pas été appuyée, car ces mots ont été jugés utiles à la définition générale.

"danger illicite ou inacceptable pour l'environnement"

160. Il a été proposé, et cette proposition a été appuyée, que les mots "ou un danger illicite ou inacceptable" soient supprimés du paragraphe 1 du projet d'article 33 car ils n'apportaient rien à la signification des termes "danger pour l'environnement". Il a aussi été fait observer que les mêmes changements devraient être apportés à la variante A du projet d'article 15, dont le libellé était similaire.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1 du projet d'article 33

161. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait ajouter entre crochets le mot "deviennent" avant "ou risquent selon toute vraisemblance de présenter" pour examen plus avant; et
- Qu'il faudrait supprimer les mots "ou un danger illicite ou inacceptable".

Paragraphe 2

162. Il a été indiqué que le paragraphe 2 du projet d'article 33 créait une responsabilité de plein droit en ce qui concerne l'obligation faite au chargeur d'apposer sur les marchandises dangereuses une marque ou une étiquette conformément aux règles, règlements ou autres exigences des autorités s'appliquant à n'importe quelle étape du transport prévu. Selon un avis, étant donné le poids énorme de cette responsabilité, il fallait limiter la disposition de sorte qu'elle ne vise que les cas où le chargeur ne se conformait pas aux règlements impératifs régissant le marquage ou l'étiquetage. Il a aussi été proposé d'ajouter l'emballage aux obligations imposées au chargeur dans ce projet de paragraphe. Il a en outre été suggéré que ce paragraphe n'impose pas de responsabilité de plein droit au chargeur

lorsque le transporteur avait connaissance de la dangerosité des marchandises. La proposition d'insérer, dans ce paragraphe, un libellé approprié inspiré du paragraphe 3 de l'article 13 des Règles de Hambourg pour traiter des cas où le transporteur n'avait pas connaissance d'un tel fait a été appuyée.

Le transport prévu

163. Il a par ailleurs été indiqué que, comme les projets d'articles 28 et 29 (voir ci-dessus, par. 124), la disposition pouvait imposer des contraintes excessives au chargeur, qui pouvait ignorer l'itinéraire effectif des marchandises et risquait d'avoir des difficultés à déterminer l'ensemble des règlements applicables, en particulier les "exigences des autorités", qui pourraient ne pas être publiées. On a émis l'idée qu'il serait peut-être souhaitable de demander au transporteur de fournir les informations nécessaires au chargeur afin de permettre à ce dernier de s'acquitter de ses obligations au titre du paragraphe 2.

Propositions de modification du texte

164. Selon un avis, le projet de disposition pourrait être remplacé par l'article 13-1 des Règles de Hambourg, mais des doutes ont été émis quant à l'adéquation du texte dans le contexte moderne du transport des marchandises dangereuses.

165. On a appuyé la suggestion de supprimer la référence à la partie exécutante, dans la mesure où le Groupe de travail était convenu que le projet de chapitre 8 du projet de convention devrait se concentrer sur la relation contractuelle entre le chargeur et le transporteur. On a également appuyé la suggestion selon laquelle il faudrait, au projet de paragraphe 2, modifier les références au "retard" et à la "perte", par souci de cohérence avec la modification correspondante au projet d'article 31. On a indiqué que les mots "directement ou indirectement" pouvaient interférer avec les questions de causalité et devraient être supprimés. Cette proposition a été soutenue.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 33

166. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait supprimer la référence aux parties exécutantes de la disposition;

– Que les mots "directement ou indirectement" devaient être supprimés;

– Que la disposition devrait être révisée, de manière à traiter les mots "retard" et "perte" de la même manière dans ce paragraphe et au projet d'article 31; et

– Qu'il faudrait envisager d'ajouter une référence au fait que le transporteur n'a pas connaissance de la dangerosité des marchandises.

Paragraphe 3

Responsabilité sans faute pour défaut d'information du transporteur

167. Il a été indiqué que le paragraphe 3 du projet d'article 33 établissait la responsabilité sans faute du chargeur pour manquement à son obligation d'informer le transporteur de la dangerosité des marchandises rapidement avant leur remise à ce

dernier. On a proposé qu'étant donné la rigueur des règles de la responsabilité sans faute cette obligation soit limitée au défaut d'observation par le chargeur des règlements impératifs.

"de l'expédition"

168. Il a été indiqué que l'obligation du chargeur énoncée au paragraphe 3 du projet d'article 33 était semblable à celle établie par l'article 13-2 a) des Règles de Hambourg. On a proposé de remplacer les mots "de l'expédition" par "du défaut d'information", car on a estimé que l'étendue possible de la responsabilité sans faute était excessive si elle était liée à toutes les pertes découlant de l'expédition, et non limitée à celles qui étaient attribuables au défaut d'information. Il a toutefois été expliqué qu'un texte semblable figurait dans les Règles de Hambourg, et que l'on considérait que la possibilité d'être tenu responsable de toutes les pertes liées à l'expédition illustrait de manière satisfaisante le fait que cette obligation était essentielle. À cela on a répondu que le régime de responsabilité sans faute pour défaut d'information était déjà une incitation suffisante pour le chargeur et que le projet de convention ne devait pas contenir de règles de sanction. On a émis l'idée qu'une solution de compromis possible serait peut-être d'exiger ici un lien de causalité entre les marchandises dangereuses et la perte.

Propositions de modification du texte

169. À titre d'observation générale, il a été proposé de supprimer de cette disposition les mentions de la partie exécutante et les termes "directement ou indirectement" pour les mêmes raisons indiquées ci-dessus pour le paragraphe 2 du projet d'article 33. Il a été proposé aussi de modifier les mots "retard" et "perte" de la même manière qu'au paragraphe 2 et qu'au projet d'article 31.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 3 du projet d'article 33

170. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait supprimer les mots "directement ou indirectement", comme au paragraphe 2;
- Que la disposition devrait être revue, de manière à traiter les mots "retard" et "perte" de la même manière aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article 33 et au projet d'article 31;
- Qu'il faudrait placer les mots "de l'expédition" entre crochets pour les examiner plus avant;
- Que les mots "du défaut d'information" devraient être ajoutés entre crochets après les mots "de l'expédition" pour les examiner plus avant.

Projet d'article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur

Débat général

171. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 34 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 154 à 158).

172. Il a été indiqué que le projet d'article 34 visait à traiter la situation du vendeur franco bord désigné comme chargeur dans le document de transport, et l'acceptation

par ce chargeur documentaire des droits et obligations du chargeur contractuel par l'acceptation ou la réception du document de transport. On a appuyé l'avis selon lequel le chargeur documentaire devrait être obligé d'accepter cette identité avant de pouvoir être tenu responsable, et il a été suggéré de conserver le mot "accepte" et de supprimer les crochets ainsi que les autres termes possibles, car le mot "accepte" était celui qui correspondait le mieux à la condition voulue. Il a été suggéré aussi d'insérer, après le mot "accepte", le membre de phrase "que son nom apparaisse sur le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport comme étant le chargeur", afin de réduire la marge d'interprétation du projet de disposition. Cette suggestion a été appuyée elle aussi, bien que certains aient exprimé la crainte que l'obligation d'acceptation par le chargeur documentaire n'entraîne des abus dans des situations où une partie essaierait de se soustraire à sa responsabilité en refusant d'accepter le document.

173. Il a été suggéré aussi de limiter l'application du projet d'article 34 aux cas où le transporteur ne connaissait pas l'identité du chargeur contractuel. On s'est demandé, en réponse, si cette situation était fréquente dans la pratique, et on a fait observer que le projet d'article 37 b) exigeait que l'instruction du chargeur contractuel indique une personne autre que lui dans le document de transport.

174. La proposition selon laquelle le projet d'article 34 devrait indiquer clairement que la disposition n'exonérait pas le chargeur contractuel de ses obligations, comme cela était dit au paragraphe 2 du projet d'article 34 figurant au paragraphe 39 du document A/CN.9/WG.III/WP.55, a été soutenue. On a également appuyé une proposition visant à insérer le texte "est soumise aux responsabilités et obligations" qui figure entre crochets dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et à supprimer lesdits crochets. Il y a eu accord sur le fait que le texte tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.55 reflétait ces modifications et devrait être inclus dans le projet de convention.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 34

175. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du projet d'article 34 figurant au paragraphe 39 du document A/CN.9/WG.III/WP.55 devrait être inséré dans le projet de convention;

– Que le membre de phrase "reçoit le document de transport ou l'enregistrement électronique", au paragraphe 1 du projet d'article 34 du texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.55, devrait être remplacé par "accepte que son nom apparaisse sur le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport comme étant le chargeur".

Projet d'article 35. Responsabilité du chargeur du fait d'autrui

Débat général

176. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 35 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 159 à 161).

177. Il a été rappelé que le projet d'article 35 visait à établir pour le chargeur des dispositions parallèles à celles qui étaient énoncées au projet d'article 19 relatif à la

responsabilité du transporteur pour ses mandataires, employés et préposés. L'avis a toutefois été émis que ces dispositions risquaient de donner lieu à des problèmes d'interprétation de diverses dispositions du projet de convention où, comme par exemple au paragraphe 3 i) du projet d'article 17, il était fait référence au "chargeur ou toute personne mentionnée à l'article 35, la partie contrôlante ou le destinataire". On a fait observer que cette formulation pouvait être interprétée comme incluant les employés et mandataires du chargeur, mais pas ceux de la partie contrôlante ou du destinataire. Contrairement au projet d'article 35, le projet d'article 19, pour les employés et mandataires du transporteur, était une disposition fondamentale du projet de convention et ne posait pas les mêmes problèmes d'interprétation, car le transporteur était rarement mentionné dans la même phrase que les autres parties, ce qui évitait de créer une confusion. Étant donné cette difficulté, il a été suggéré de supprimer l'article 35.

178. Un soutien général a toutefois été exprimé en faveur de l'inclusion d'une disposition telle que le projet d'article 35, malgré les difficultés possibles d'interprétation dues à son utilisation actuelle dans le projet d'instrument. On a fait observer en outre que, si l'on envisageait d'inclure dans le projet d'instrument une disposition sur la limitation de la responsabilité du chargeur, une disposition telle que le projet d'article 35 serait importante pour inclure les mandataires, employés et préposés qui bénéficieraient de cette limitation. La proposition d'inclure dans le projet de convention la variante du texte figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.III/WP.55, au motif qu'elle exprimait plus clairement les mêmes principes que le texte contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été appuyée.

179. On a avancé que les mots "du côté du transporteur", au paragraphe 2 du projet d'article 35, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.55, étaient inutiles, du fait que le terme "partie exécutante" était défini dans le projet de convention comme une personne agissant au nom du transporteur. On a fait observer en outre qu'il serait peut-être nécessaire d'examiner plus avant le projet d'article 35 à la lumière du paragraphe 2 du projet d'article 14, lorsque, en vertu de clauses "franco chargement et déchargement (cargaison arrimée)" (FIO(S)), le transporteur confiait l'exécution de certaines de ses obligations au chargeur et ne devrait pas être tenu responsable des actes des employés ou mandataires du chargeur dans l'exécution de ces obligations.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 35

180. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte du projet d'article 35 figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.III/WP.55 devrait être inséré dans le projet de convention;
- Que le secrétariat devrait être prié de vérifier et d'harmoniser les références au projet d'article 35 dans d'autres articles du projet de convention;
- Que le titre de l'article devrait être révisé, dans un souci d'uniformité entre les différentes langues.

Projet d'article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur

Débat général

181. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 36 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 162 à 164), lorsqu'il avait décidé de supprimer le projet de chapitre 9 du projet de convention relatif au fret, mais de conserver le projet d'article 36 pour l'examiner plus avant.

182. On a appuyé le projet d'article 36, qui invaliderait les clauses de cessation de responsabilité dans lesquelles la responsabilité du chargeur cesserait lors d'un certain événement. Il a également été indiqué que ce projet d'article était lié au paragraphe 2 du projet d'article 94 du projet de convention, qui annulait toute disposition excluant ou limitant les obligations du chargeur, et que toute décision concernant ce paragraphe aurait des répercussions sur les délibérations du Groupe de travail relatives au projet d'article 36. Il a toutefois été dit aussi que le projet d'article 36 était lié au paragraphe 2 du projet d'article 94, mais en était distinct, du moins dans la mesure où il traitait du paiement du fret.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 36

183. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait supprimer les crochets entourant le projet d'article 36 et conserver le texte de ce dernier; et

– Qu'il faudrait réexaminer le projet d'article 36 à la lumière de la décision qui serait prise au sujet du paragraphe 2 du projet d'article 94.

Projet d'article 18. Responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions

Débat général

184. Le Groupe de travail est passé ensuite à l'examen du projet d'article 18, qui était étroitement lié aux obligations du chargeur et, en particulier, au projet d'article 29. Il lui a été rappelé qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 18 à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 138 à 148).

185. La suppression du projet d'article 18, indépendamment du sort du projet d'article 29, a été généralement appuyée. On a indiqué que le projet d'article 18 risquait d'être une source de confusion en ce qui concerne le point de savoir s'il visait ou non à créer une cause distincte d'action en plus du projet d'article 17, ainsi qu'en ce qui concerne son articulation avec le paragraphe 4 du projet d'article 17 sur les causes concurrentes de responsabilité. On a dit aussi que puisqu'un régime de responsabilité fondée sur la faute s'appliquait au projet d'article 29, et qu'une violation de cette obligation qui était une cause de perte, de dommage ou de retard serait couverte par le projet d'article 17 du projet de convention, le projet d'article 18 était jugé superflu.

186. L'avis contraire, à savoir que le projet d'article 18 devrait être conservé pour maintenir l'équilibre contractuel entre les parties au contrat de transport, a été exprimé. Quelques délégations ont indiqué qu'elles souhaitaient renvoyer l'examen du projet d'article 18 à une session ultérieure du Groupe de travail, en attendant des consultations.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 18

187. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 18 devrait être placé entre crochets pour décision finale à la prochaine session, en attendant les instructions de quelques délégations, mais qu'il ne faudrait pas rouvrir le débat sur la question.

Livraison des marchandises – Chapitre 10, ainsi que projets d'article 11 (Durée de la responsabilité du transporteur) et 14-2

Débat général

188. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet de chapitre 10 à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 62 à 99) et la durée de la responsabilité du transporteur ainsi que le projet d'article 14-2 à sa neuvième session (voir A/CN.9/510, par. 39, 40 et 43).

189. Il a été dit au Groupe de travail que le document A/CN.9/WG.III/WP.57 avait été préparé en vue de faciliter ses débats sur la livraison des marchandises, la durée de la responsabilité du transporteur et les aspects du projet d'article 14-2 relatifs à cette durée. Ce document a servi de base à des consultations informelles sur ces questions.

Projet d'article 11. Durée de la responsabilité du transporteur

Débat général

190. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois la durée de la responsabilité du transporteur et le projet d'article 14-2 concernant les clauses FIO(S) à sa neuvième session (voir A/CN.9/510, par. 39, 40 et 43). Le Groupe de travail a examiné le texte de ces dispositions tel qu'il figure aux annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

191. Il a été dit au Groupe de travail que, dans leurs réponses au questionnaire informel du document A/CN.9/WG.III/WP.57, la plupart des délégations avaient approuvé l'approche générale des paragraphes 1, 2 et 4 du projet d'article 11.

Paragraphe 1 du projet d'article 11

192. Le Groupe de travail s'est dit globalement satisfait du texte et de l'approche du paragraphe 1 du projet d'article 11. D'une manière générale, il a été observé qu'il faudrait veiller à employer une terminologie cohérente tout au long du projet de convention, notamment pour les termes "lieu de livraison", "moment et lieu de livraison", "lieu de réception" et d'autres termes apparentés. On a proposé de supprimer les mots "au destinataire" à la fin du paragraphe car ils étaient inutiles et risquaient de prêter à confusion puisque le transporteur livrait parfois les marchandises, non pas au destinataire, mais à une autorité, comme une autorité portuaire. Cette proposition a reçu un certain appui. Toutefois, il a été objecté que la suppression de ces mots pouvait poser problème car le projet d'article 13 faisait de la livraison au destinataire une obligation fondamentale du transporteur, et il a été suggéré que des situations particulières, comme la livraison à des autorités ou à des personnes autres que le destinataire, soient prévues aux paragraphes 3 et 5 du projet

d'article 11. L'idée de conserver le texte du paragraphe 1 tel quel et d'examiner dans le cadre du paragraphe 5 la question des parties, autres que le destinataire, auxquelles le transporteur pourrait livrer les marchandises a été soutenue.

193. Il a été observé que le projet d'article 46, relatif à l'obligation pour le transporteur de prendre soin des marchandises laissées sous sa garde, pouvait être considéré comme lié au projet de paragraphe 1, et la question a été posée de savoir si ce dernier devrait être subordonné aux projets d'articles 12 et 46. Il a été répondu que le projet de convention était structuré de telle manière que le projet d'article 11 concernait la durée de la responsabilité du transporteur dans le cadre du contrat de transport. Il a été noté que, à l'inverse, le projet d'article 46 traitait de la période précédant le moment où le transporteur était en mesure d'effectuer la livraison mais où il n'assumait plus aucune responsabilité au titre du contrat de transport. Il a été suggéré que cette distinction soit établie plus clairement et qu'elle soit discutée plus avant lorsque le Groupe de travail examinera le projet d'article 46.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1 du projet d'article 11

194. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du paragraphe 1 du projet d'article 11 serait conservé, mais qu'il ne trancherait la question de supprimer ou non les mots "au destinataire" qu'après son examen du paragraphe 5 de cet article.

Paragraphe 2 du projet d'article 11

195. Le Groupe de travail s'est déclaré globalement satisfait du paragraphe 2 du projet d'article 11. Il a été proposé d'apporter quelques modifications rédactionnelles mineures pour clarifier ce paragraphe, comme l'inclusion des mots "par le transporteur" après "le moment et le lieu de réception des marchandises" dans la deuxième phrase.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 11

196. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du paragraphe 2 du projet d'article 11 devrait être conservé, mais que le secrétariat devrait envisager d'y apporter des modifications détaillées d'ordre rédactionnel afin de clarifier ce paragraphe.

Paragraphe 4 du projet d'article 11

197. Il a été fait observer que les paragraphes 2 et 4 du projet d'article 11 énonçaient tous deux des règles supplétives pour déterminer le moment et le lieu respectivement, de la réception et de la livraison des marchandises, mais que leur deuxième phrase différait. Alors que la deuxième phrase du paragraphe 2 indiquait à quel moment précis intervenait la réception, la deuxième phrase du paragraphe 4, a-t-on fait observer, ne mentionnait pas avec le même degré de précision quand avait lieu la livraison. Il a été estimé, et cet avis a bénéficié d'un certain soutien, que le paragraphe 4 devrait être libellé de manière à indiquer le moment de la livraison aussi précisément que le paragraphe 2 indiquait le moment de la réception.

198. Il a en outre été noté que le paragraphe 2 et le paragraphe 4 différaient en ce que ce dernier ne mentionnait pas de lieu identifiable. Il a été proposé que ce

paragraphe parle du lieu de déchargement “raisonnable”. Cette proposition a reçu un certain appui. On s’est cependant demandé comment seraient décidés le moment et le lieu de livraison des marchandises si celles-ci étaient déchargées en un lieu déraisonnable ou si cette décision serait laissée à l’appréciation d’un tribunal. On a aussi fait remarquer que si cette proposition était adoptée, il n’y aurait aucune règle supplétive concernant le moment et le lieu de la livraison lorsque les marchandises étaient livrées en un lieu déraisonnable.

199. Pour expliquer les différences entre les paragraphes 2 et 4 du projet d’article 11, il a été indiqué que, dans le transport de port à port, la totalité des marchandises étaient rarement remises en une seule fois et qu’il s’écoulait habituellement un laps de temps entre la remise effective des marchandises au transporteur et leur chargement. Il a été estimé que, dans ces circonstances, on pouvait raisonnablement s’attendre à ce que ce laps de temps soit compris dans la durée de responsabilité du transporteur. Il a en outre été expliqué qu’il serait rarement nécessaire, dans le cas du transport de port à port, d’appliquer la règle supplétive prévue dans la deuxième phrase du paragraphe 4, car la plupart des ports avaient leurs coutumes ou leurs pratiques mais que, dans ces circonstances exceptionnelles, il était décidé d’appliquer la règle selon laquelle la responsabilité cessait au moment et au lieu où le transport prenait fin.

200. On a émis l’avis, qui a été appuyé, que le secrétariat devrait être prié de réviser le texte du paragraphe 4 du projet d’article 11 pour tenir compte des remarques faites au sein du Groupe de travail et pour l’aligner sur les paragraphes 1 et 2. Il a cependant été souligné que, lors de cette révision, il faudrait tenir compte de l’interprétation qui pouvait être donnée à la dernière phrase de ce paragraphe 4, à savoir que les marchandises étaient livrées au moment et au lieu où elles étaient extraites du conteneur.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 4 du projet d’article 11

201. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du paragraphe 4 du projet d’article 11 devrait être conservé, mais que le secrétariat devrait envisager d’y apporter des modifications pour l’aligner sur le reste du projet d’article et examiner en outre s’il faudrait exiger que le lieu de la livraison soit “raisonnable”.

Paragraphes 3 et 5 du projet d’article 11

202. Le Groupe de travail s’est déclaré satisfait dans l’ensemble du texte et de l’approche des paragraphes 3 et 5 du projet d’article 11. Il a été proposé de rendre plus claire la fin du paragraphe 5 en utilisant une formule telle que: “le moment et le lieu de cette remise sont ceux de la livraison des marchandises”, mais on a estimé qu’une formulation générale aboutirait au même résultat. En outre, on a considéré que la suppression proposée des mots “au destinataire” au paragraphe 1 du même projet d’article (voir ci-dessus, par. 192) n’était plus nécessaire compte tenu des modifications à envisager pour les paragraphes 2 et 4.

Conclusions du Groupe de travail concernant les paragraphes 3 et 5 du projet d’article 11

203. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte des paragraphes 3 et 5 du projet d'article 11 serait conservé, avec tous ajustements rédactionnels nécessaires pour améliorer la précision et la cohérence.

Paragraphe 6 du projet d'article 11 et paragraphe 2 du projet d'article 14: clauses FIO(S)

204. Il a été fait remarquer que le paragraphe 6 du projet d'article 11 et le paragraphe 2 du projet d'article 14 devaient en principe s'appliquer conjointement afin de régler le problème des clauses FIO(S) qui, dans certains États, déterminaient la durée de la responsabilité du transporteur. Selon un avis, qui a été appuyé, le paragraphe 6 ne serait pas acceptable si le paragraphe 2 du projet d'article 14 était supprimé mais que les deux dispositions lues conjointement énonçaient une règle acceptable pour ces clauses. Il a été expliqué que ces dispositions avaient pour effet combiné d'établir clairement les responsabilités du chargeur et du transporteur qui décidaient d'un commun accord que le chargement, l'arrimage et le déchargement des marchandises seraient effectués par le premier. Dans ce cas, le chargeur serait responsable de toute perte qu'il causerait en ne s'acquittant pas effectivement de ces obligations et le transporteur resterait tenu d'autres obligations durant le chargement et le déchargement, par exemple celle de prendre soin des marchandises, car la durée de la responsabilité de ce dernier serait régie par le contrat de transport.

205. Il a en outre été fait observer que le texte actuel du paragraphe 2 du projet d'article 14 limitait les obligations que le transporteur pouvait transférer contractuellement au chargeur ou à d'autres parties à celles qu'il énumérait. On a par ailleurs jugé le paragraphe 6 du projet d'article 11 utile car il indiquait clairement que le chargement et le déchargement se déroulaient pendant la durée de la responsabilité du transporteur.

206. Il a été noté que les clauses FIO(S) étaient le plus souvent utilisées dans les services de transport non régulier, qui ne tombaient pas sous l'empire du projet de convention, mais que ce dernier pourrait s'appliquer aux contrats de transport dans ce type de services par le jeu du projet d'article 10. On a exprimé la crainte que la prise en considération de ces clauses dans le projet de convention n'entraîne leur expansion dans les services de transport régulier et ne les rende encore plus susceptibles d'abus. Il a été rétorqué que les réalités commerciales rendaient ce risque improbable. Dans ce contexte, on a proposé que, dans le texte, le recours aux clauses FIO(S) soit limité au transport non régulier. On a par ailleurs exprimé la crainte que l'application du paragraphe 6 du projet d'article 11 et du paragraphe 2 du projet d'article 14 limite la liberté contractuelle dont disposaient actuellement les parties concernant les clauses FIO(S) dans le transport non régulier, en particulier pour la répartition des risques. Face à cette possibilité, il a été proposé que la clause FIO(S) définisse la durée de la responsabilité du transporteur.

207. Quelques modifications d'ordre rédactionnel ont été proposées. Il a d'abord été proposé d'insérer, après "seront exécutés par le chargeur [...] ou le destinataire", les mots "et relèveront de sa responsabilité" dans la première phrase du paragraphe 2 du projet d'article 14. Il a ensuite été proposé d'ajouter l'adjectif "initial" après "chargement" et l'adjectif "final" après "déchargement" dans ce paragraphe 2 afin de l'aligner sur le paragraphe 6 du projet d'article 11 et d'exclure les ports intermédiaires. En réponse à ces propositions, on a insisté sur le fait que le débat actuel devait se concentrer sur la solution générale de compromis recherchée

par le jeu combiné du paragraphe 6 du projet d'article 11 et du paragraphe 2 du projet d'article 14 au problème des clauses FIO(S). Il a été proposé par conséquent – proposition qui a été appuyée – de supprimer les crochets entourant le paragraphe 2 du projet d'article 14 et de conserver le texte pour la suite des débats. Il a en outre été indiqué que, si le Groupe de travail approuvait l'approche retenue dans les paragraphes 6 et 2 en question, les crochets entourant les mots "[effectivement réalisé]" au sous-alinéa i) du paragraphe 3 du projet d'article 17 devraient être supprimés et le texte conservé. On a estimé que cette dernière modification rendrait inutile la proposition faite plus haut d'ajouter au paragraphe 2 du projet d'article 14 les mots "et relèveront de sa responsabilité".

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 6 du projet d'article 11

208. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte du paragraphe 6 du projet d'article 11 devrait être conservé;
- Que les crochets entourant le paragraphe 2 du projet d'article 14 et le sous-alinéa i) du paragraphe 3 du projet d'article 17 devraient être supprimés et le texte conservé; et
- Que le secrétariat devrait envisager d'apporter les modifications nécessaires pour assurer la cohérence entre ce paragraphe et le reste du projet d'article ainsi que des améliorations d'ordre rédactionnel plus générales.

Projet d'article 46. Obligation de prendre livraison

Débat général

209. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 46 sur l'obligation de prendre livraison à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 65 à 72). Le texte du projet d'article 46 examiné par le Groupe de travail était celui des annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

210. À titre d'observation générale, on s'est interrogé sur les conséquences du manquement par le destinataire à son obligation de prendre livraison en vertu du projet d'article 46. On a fait valoir qu'un tel manquement ne devrait pas automatiquement déclencher une action en dommages-intérêts. Il a été répondu que le manquement à l'obligation de prendre livraison relevait de la catégorie des droits et des obligations généraux du chargeur et du transporteur, dont le projet de convention ne traitait pas spécifiquement, et que ses conséquences dépendraient donc du droit national. D'une manière générale, on a également fait observer que ce projet d'article devait être soigneusement harmonisé avec les dispositions sur le droit de contrôle puisqu'on avait estimé que l'obligation du destinataire de prendre livraison devait coïncider avec le transfert de ce droit. À cela il a été rétorqué que l'obligation du destinataire de prendre livraison ne devait pas dépendre d'un transfert de droits, car il s'agissait d'une question pratique qui devrait être régie par le projet de convention. Il a, en outre, été indiqué que le contenu du projet d'article 46 était utile et devait être conservé, mais qu'il faudrait faire preuve de prudence si l'on incluait des dispositions régissant la période postérieure à la livraison car celle-ci sortait du champ d'application de la convention et du contrat de transport.

Première phrase: l'obligation du destinataire

211. Le point de vue selon lequel l'obligation du destinataire de prendre livraison devrait être conditionnelle a été largement appuyé car il a été estimé qu'il devait y avoir une action ou une manifestation de volonté de la part du destinataire pour déclencher son obligation de prendre livraison. Certains ont été d'avis que, à cette fin, le mieux était de garder le texte entre crochets de la première phrase du projet d'article 46 et de supprimer ces crochets. Toutefois, on a craint que le fait d'exiger du destinataire qu'il "exerce ses droits en vertu du contrat de transport" ne soit trop général et peu clair et il a été proposé que la condition exprime une acceptation implicite ou explicite du destinataire d'être le destinataire. Il a été répondu que le texte entre crochets était la condition appropriée à laquelle devait être soumise l'obligation du destinataire de prendre livraison, car il a été reconnu que l'obligation devait s'étendre à ceux qui avaient accepté, à la fois explicitement et implicitement, d'être le destinataire, mais il a été estimé que la notion d'"acceptation" était une condition trop restreinte à cet effet. Il a été dit que, par exemple, conformément au droit international de la vente, si le destinataire échantillonnait les marchandises, il exercerait des droits en vertu du contrat de transport et aurait l'obligation de prendre livraison des marchandises des mains du transporteur. Toutefois, des doutes ont subsisté sur le point de savoir si le texte entre crochets était la meilleure manière d'indiquer le consentement implicite nécessaire au déclenchement de l'obligation du destinataire, et il a également été dit que, même si elles avaient une certaine vertu clarificatrice, les conditions énoncées au paragraphe 3 du projet d'article 62 convenaient mieux pour définir ce qui n'était pas un consentement implicite plutôt que ce qui l'était.

212. Selon d'autres avis, l'obligation du destinataire de prendre livraison devrait être inconditionnelle et le texte entre crochets dans la première phrase du projet d'article 46 devrait être supprimé. On a estimé que, si le texte entre crochets n'était pas supprimé, le destinataire pouvait choisir de ne pas exercer l'un quelconque de ses droits en vertu du contrat de transport et se soustraire ainsi à l'obligation de prendre livraison des marchandises. On a fait observer qu'un tel résultat serait déloyal vis-à-vis d'un transporteur ayant rempli les termes du contrat de transport et qu'il était, de plus, nécessaire d'éviter une aggravation du problème des marchandises non réclamées.

213. Il a de plus été noté que le projet d'article 46 faisait référence à l'obligation du destinataire de prendre livraison des marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4. Il a cependant été observé que le texte actuel ne disait pas si le destinataire était également tenu d'accepter les marchandises lorsqu'elles arrivaient en retard.

214. On a aussi proposé que le destinataire reçoive notification de l'arrivée des marchandises à destination. L'idée d'introduire une obligation juridique de notification au destinataire n'a pas été jugée souhaitable, car l'envoi d'un avis de mise à disposition était déjà une pratique courante du secteur dans l'intérêt du transporteur et du destinataire, et de tels avis ne semblaient pas poser de problèmes juridiques. On a estimé qu'une telle obligation juridique risquait d'engendrer des lourdeurs administratives inutiles et présenter des difficultés en matière de preuve. Il a également été noté que, dans la pratique actuelle, il était facile de localiser électroniquement des marchandises.

Deuxième phrase: degré de diligence du transporteur

215. On a fait observer que la deuxième phrase du projet d'article 46 visait à indiquer le degré de diligence et la responsabilité du transporteur pour les marchandises laissées sous sa garde en cas de manquement du destinataire à son obligation de prendre livraison. On a appuyé dans l'ensemble l'avis selon lequel cette deuxième phrase devrait être considérée à la lumière du projet d'article 51 concernant les droits du transporteur lorsque les marchandises n'étaient pas livrables ainsi que du projet d'article 53 relatif à la responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables, et pourrait peut-être être déplacée du projet d'article 46 pour être combinée avec le projet d'article 53.

216. On s'est déclaré favorable dans l'ensemble au maintien de la teneur de la deuxième phrase sur le degré de diligence. Il a toutefois été dit que le degré de diligence exigé du transporteur et la responsabilité découlant d'un manquement en la matière, tels qu'ils étaient énoncés dans la deuxième phrase du projet d'article 46, étaient insuffisants, mais selon d'autres avis le degré de diligence était acceptable. Il a été dit aussi que la question du degré de diligence du transporteur, dans cette deuxième phrase, se posait en dehors du contrat de transport et que, dans certains pays, cela donnait lieu au concept de "mandat par nécessité", qui imposait une obligation de diligence "raisonnable" à un mandataire, mais que le degré de diligence indiqué ici était supérieur à cette obligation. Selon une autre suggestion, il faudrait adopter un degré de diligence intermédiaire, comme il en existait dans certains systèmes juridiques nationaux, en vertu duquel le transporteur devrait être tenu de traiter les marchandises comme s'il s'agissait des siennes.

217. Selon d'autres points de vue, le degré de diligence du transporteur indiqué dans la deuxième phrase était trop faible compte tenu du fait que les raisons pour lesquelles le destinataire ne prenait pas livraison pouvaient être diverses et échapper à son contrôle. Il a été dit aussi que si l'on ne parvenait pas à s'entendre sur un degré de diligence approprié, et si la phrase était supprimée, il risquait de ne pas suffire de laisser la question au droit national, et il pourrait être nécessaire d'inclure une disposition expresse indiquant que le degré de diligence était régi par la loi applicable.

218. À l'appui de la suppression de la totalité du projet d'article 46, on a fait valoir que, puisque le projet de convention contenait déjà des règles adéquates concernant le droit de contrôle et les droits du transporteur dans de telles circonstances, il serait préférable de supprimer ce projet d'article plutôt que de laisser subsister une incertitude sur le point de savoir si un manquement du destinataire à l'obligation de prendre livraison donnerait lieu à des dommages-intérêts. Il a été répondu que l'obligation pour le destinataire de prendre livraison des marchandises était une obligation importante qui devait être explicite, et le point de vue selon lequel il faudrait pour ce motif conserver le projet d'article 46 a été soutenu.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 46

219. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du projet d'article 46 devrait être conservé et se voir apporter tous ajustements rédactionnels nécessaires, en particulier après l'examen des projets d'articles 51 et 53.

Projet d'article 47. Obligation d'accuser réception

Débat général

220. Le Groupe de travail est convenu que l'article 47 tel qu'il figurait dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56 devrait être adopté, sous réserve d'améliorations sur le plan rédactionnel.

Considérations supplémentaires concernant le projet d'article 47

221. Selon un avis, il faudrait indiquer expressément dans le projet d'instrument les conséquences d'un manquement à l'obligation d'accuser réception, car on pouvait considérer qu'il s'agissait là d'un manquement du transporteur à l'obligation énoncée au projet d'article 13 de livrer les marchandises conformément au contrat de transport. Il a été dit qu'un autre aspect de cette question, soulevé en vue de son examen futur par le Groupe de travail, était que le projet d'instrument devrait comporter une disposition sur le droit du transporteur de conserver les marchandises dans les cas où le destinataire ne remplissait pas son obligation de fournir un document d'identification approprié ou ne payait pas le fret, car on considérait que le système actuel de recours au droit national ou l'utilisation d'une clause de rétention dans le contrat de transport n'étaient pas satisfaisants. Cette proposition a été appuyée.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 47

222. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 47 devrait être adopté, sous réserve d'améliorations rédactionnelles; et

– Qu'il faudrait envisager la rédaction d'une disposition comme proposé au paragraphe 221 ci-dessus.

Projet d'article 48. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis

Débat général

223. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 48 à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 74 à 77). Il a étudié, pour ce projet d'article, le texte qui figurait dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

224. Il a aussi été rappelé au Groupe de travail que le projet d'article 48 s'appliquait à la livraison lorsque aucun document de transport ou enregistrement électronique négociable n'était émis.

Alinéa a) du projet d'article 48

225. Il a été indiqué que l'objectif de l'alinéa a) du projet d'article 48 était que la partie contrôlante communique au transporteur le nom et l'adresse du destinataire si ceux-ci ne figuraient pas dans les données du contrat afin que le transporteur puisse livrer les marchandises. Il a été proposé, et cette proposition a été acceptée, de modifier le texte pour tenir compte de certaines réglementations internes qui

exigeaient de la partie contrôlante qu'elle fournisse ces éléments d'information avant le moment indiqué dans le projet de convention. Il a par ailleurs été dit que le mot "thereof", dans la version anglaise, devrait être remplacé par les mots "name and address of consignee" pour que le texte soit plus clair. Selon un autre point de vue, l'alinéa a) devrait être supprimé car son contenu était, pensait-on, déjà traité dans le projet d'article 59.

Alinéa b) du projet d'article 48

226. Il a été noté que trois variantes étaient proposées pour l'alinéa b) du projet d'article 48. Un grand nombre de délégations se sont déclarées pour le maintien de la variante C. Il a été dit que cette variante ne considérait pas l'identification du destinataire comme une condition préalable à la livraison des marchandises si bien que la livraison des marchandises par le transporteur au bon destinataire mais sans identification appropriée ne risquait pas malencontreusement d'être invalidée. On a ajouté que la variante C traduirait bien le principe selon lequel l'identification du destinataire était un droit du transporteur mais non une obligation. Il a en outre été constaté que cette variante aurait également pour effet souhaitable de laisser à la législation nationale le soin de régler les questions relatives à la falsification des documents. D'un autre côté, la variante A de l'alinéa b) a également bénéficié d'un certain soutien. On a argué que cette variante exprimait mieux l'obligation qui incombait au transporteur d'identifier le destinataire. Selon un autre avis encore, l'alinéa b) du projet d'article 48 devait être supprimé et son contenu traité dans le projet d'article 47, lequel pouvait à cette fin faire référence à l'identification du destinataire.

227. Il a été proposé que la variante C de l'alinéa b) fasse référence, non pas au moment et au lieu de la livraison mentionnés au paragraphe 4 du projet d'article 11, mais au moment et au lieu de livraison convenus dans le contrat de transport, car, pensait-on, le paragraphe 4 du projet d'article 11 visait principalement à définir la durée de la responsabilité du transporteur. Il a été objecté qu'une telle modification risquait de créer des problèmes dans la pratique, puisque les contrats de transport stipulaient rarement la date de la livraison et il a été proposé que cette question soit examinée de plus près ou que toutes les références au moment de la livraison dans le projet d'instrument soient reconsidérées.

228. Il a été dit que la question des connaissements à personne dénommée, qui pouvait également se poser dans le cadre de l'alinéa b) du projet d'article 48, ferait l'objet d'une proposition future. Selon un premier point de vue, il valait mieux traiter ce type de connaissement à un niveau général dans le projet de chapitre consacré aux documents de transport.

Alinéa c) du projet d'article 48

229. On a fait observer que l'alinéa a) du projet d'article 48 ne mentionnait pas les conséquences de la non-communication par la partie contrôlante du nom et de l'adresse du destinataire. On a ajouté cependant qu'il valait mieux indiquer ces conséquences dans l'alinéa c) de ce projet d'article, en insérant le texte ci-après au début de l'alinéa: "Si le nom et l'adresse du destinataire ne sont pas connus du transporteur ou". Il a en outre été proposé que l'on fasse référence dans cet alinéa à la notification adressée au destinataire par le transporteur, en insérant les mots "après avoir été avisé" après "si le destinataire".

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 48

230. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que les suggestions faites pour améliorer la rédaction des alinéas a) et b) devraient être prises en considération;

– Que la variante C de l'alinéa b) du projet d'article 48 devrait être conservée dans le projet de convention; et

– Que les mots "si le destinataire" au début de l'alinéa c) du projet d'article 48 du projet de convention devraient être remplacés par "Si le nom ou l'adresse du destinataire ne sont pas connus du transporteur ou si le destinataire, après avoir été avisé,".

Projet d'article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

Débat général

231. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 49 à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 78 à 90). Le Groupe de travail a examiné le texte de cette disposition tel qu'il figurait aux annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

232. Il a été expliqué que le projet d'article 49 visait à réformer le système des documents de transport négociables dans le transport maritime, et plus particulièrement à éliminer les problèmes créés par les marchandises qui arrivaient au lieu de destination avant le connaissement. Certaines techniques avaient été développées dans la pratique pour régler ce problème, comme la remise des marchandises contre une lettre de garantie, mais ces solutions n'étaient pas jugées satisfaisantes. On a dit que le projet de disposition rétablirait la fonction initiale du connaissement et permettrait de trouver une solution aux problèmes liés aux connaissements remis tardivement.

233. Il a en outre été indiqué que le projet de disposition aurait un impact important sur les pratiques bancaires actuelles, notamment en réduisant la valeur des connaissements aux mains des banques intermédiaires et en affectant sérieusement le système actuel de crédit documentaire. Face à un tel impact sur le secteur bancaire, il faudrait peut-être, a-t-on estimé, apporter certaines modifications au projet d'article 49 pour en limiter la portée, en restreignant par exemple son application aux seuls connaissements qui contenaient une disposition expresse à cet effet. Bien que des réserves aient de nouveau été exprimées concernant l'application concrète de ce projet d'article, il a été observé que les changements qu'il apporterait étaient bien accueillis dans certaines branches du secteur bancaire, qui souhaitaient également des règles claires et prévisibles en la matière et que d'autres acteurs du secteur bancaire avaient émis des commentaires positifs au sujet du nouveau régime proposé. Le Groupe de travail s'est dit généralement favorable à l'idée de prendre le régime du projet d'article 49 comme base de discussion.

Alinéa a) du projet d'article 49

234. Il a été indiqué que l'alinéa a) du projet d'article 49 prévoyait que le porteur d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique

négociable concernant le transport était en droit de demander livraison des marchandises contre remise de ce document ou de cet enregistrement. Il a été observé que cet alinéa pouvait avoir un impact sur le droit d'arrêter les marchandises en cours de transport et que la relation entre les deux méritait un examen plus approfondi. Il a été rétorqué que le droit d'arrêt était un moyen disponible dans le contrat de vente, mais que dans la pratique son exercice nécessitait la détention du connaissement, et que ceci empêchait tout conflit entre l'alinéa a) et ce droit d'arrêt. En réponse, il a été proposé que le projet de convention précise que ses dispositions étaient sans incidence sur le droit interne des biens et des faillites.

235. Il a été proposé de remplacer les mots "est en droit" à l'alinéa a) du projet d'article 49 par "est tenu" pour faire pendant à l'obligation imposée au destinataire dans le projet d'article 46 d'accepter la livraison.

Alinéa b) du projet d'article 49

236. Il a été indiqué que l'alinéa b) du projet d'article 49 traitait des situations où la marchandise était arrivée à destination mais où le porteur du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport n'en demandait pas livraison. Il a été expliqué que, dans un tel cas, le transporteur avait l'obligation d'aviser la partie contrôlante du fait que le porteur n'avait pas demandé la livraison mais que, lorsque cette partie ne pouvait être identifiée, il était en droit de demander au chargeur des instructions concernant la livraison des marchandises.

237. Il a été suggéré que le projet de disposition précise mieux le degré de diligence exigé de la part du transporteur dans sa tentative d'identifier la partie contrôlante et qu'il soit modifié pour prendre en compte les situations dans lesquelles une personne qui n'était pas le porteur demandait livraison des marchandises. Une autre solution proposée était de supprimer les alinéas b) et c) du projet d'article 49 et de renvoyer le transporteur aux moyens prévus dans le projet d'article 51 pour les marchandises non livrables. Dans cette proposition, a-t-on dit, le porteur ne verrait pas son droit aux marchandises modifié et aurait droit au produit de la vente des marchandises conformément au projet d'article 51. Il a cependant été observé que les moyens prévus dans ce projet d'article existaient dans la pratique actuelle depuis quelque temps, mais que les problèmes mis en évidence avec les connaissements n'avaient pas été résolus.

238. En réponse à une question, il a été observé que l'exigence faite au transporteur de notifier à la partie contrôlante que le porteur ne s'était pas présenté était considérée comme une obligation s'imposant à lui. De plus, il a été dit que, au vu des pratiques commerciales, cette obligation n'était pas considérée comme lourde. Il a également été suggéré de mieux préciser que l'alinéa b) du projet d'article 49 concernait la situation où la marchandise était arrivée mais où il n'y avait pas d'intérêt à la réclamer, alors que l'alinéa d) de ce projet d'article concernait la situation où la livraison était possible mais où il n'y avait pas de connaissement et le projet d'article 51 une troisième situation où personne ne demandait livraison et où le transporteur pouvait disposer de la marchandise.

Conclusions du Groupe de travail concernant les alinéas a) et b) du projet d'article 49

239. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte de l'alinéa a) du projet d'article 49 devrait être conservé, en attendant qu'il examine le reste du projet d'article;

– Que le texte de l'alinéa b) du projet d'article 49 devrait être conservé pour l'examiner plus avant à la lumière des observations formulées ci-dessus; et

– Qu'il étudierait les alinéas c), d) et e) du projet d'article 49 lorsqu'il reprendrait son examen du projet de chapitre 10.

III. Questions diverses

Dates des dix-septième et dix-huitième sessions

240. Le Groupe de travail a noté que sa dix-septième session était prévue à New York du 3 au 13 avril 2006. Il a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission à sa trente-huitième session de lui allouer des sessions de deux semaines pour poursuivre ses travaux (voir A/60/17, par. 240).

241. Il a été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission à sa trente-neuvième session, la dix-huitième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 6 au 17 novembre 2006 (voir A/60/17, par. 241).

Organisation des travaux futurs

242. Afin de structurer la discussion sur les dispositions restantes du projet d'instrument, le Groupe de travail a adopté le programme provisoire ci-après des sujets à examiner, dans l'ordre indiqué, pour terminer sa deuxième lecture et commencer sa troisième lecture du projet:

Dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006):

– Droit de contrôle;

– Transfert de droits;

– Livraison des marchandises (*suite*);

– Champ d'application et liberté contractuelle;

– Obligations du chargeur; et

– Documents de transport.

Dix-huitième session (Vienne, 6-17 novembre 2006, sous réserve d'approbation):

– Questions éventuellement laissées en suspens à la dix-septième session;

– Droits d'action et délai pour agir;

– Limitation de la responsabilité, ainsi que projet d'article 104 sur la modification des limites;

– Clauses finales; et

– Compétence et arbitrage.

243. Eu égard à la complexité des sujets prévus au programme de la dix-septième session du Groupe de travail, certaines délégations ont suggéré qu'un séminaire d'étude soit organisé pour aider les délégations à préparer cette session. On a aussi proposé que ce séminaire se tienne éventuellement à Londres les 23 et 24 janvier 2006. Bien que, a-t-on souligné, le séminaire ne soit pas organisé ou parrainé par la CNUDCI, des efforts seraient faits pour permettre des interventions en anglais et en français. Toutes les délégations intéressées ont été invitées à y participer et le secrétariat a été prié de fournir les informations pertinentes sur le site Web de la CNUDCI.

244. Les délégations ont noté l'importance de comprendre les incidences du régime des contrats de tonnage sur des chargeurs peu importants ou inexpérimentés. Il a été indiqué que, si l'on admettait que le concept de contrat de tonnage représentait un compromis dans le projet de convention, cette notion juridique n'était pas largement connue dans tous les pays et il a donc été estimé que toutes les délégations n'étaient pas en mesure d'apprécier pleinement les incidences du traitement des contrats de tonnage dans le projet. En vue d'accélérer encore l'élaboration du projet de convention, de nombreuses délégations ont soutenu l'idée de préparer un document explicatif sur le traitement des contrats de tonnage dans le projet pour illustrer plus en détail leurs implications juridiques et pratiques. On a aussi proposé d'inviter le Comité maritime international (CMI) à contribuer à l'élaboration de ce document, du fait de ses compétences techniques très spécialisées, et le CMI s'est déclaré prêt à fournir son aide en la matière.

B. Droit des transports: Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Compétence et arbitrage: informations présentées par la délégation danoise à la quinzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.49) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Pendant la quinzième session du Groupe de travail III (Droit des transports), qui s'est tenue à New York du 18 au 28 avril 2005, la délégation danoise a distribué de manière informelle le tableau figurant à l'annexe ci-après lors du débat sur les chapitres relatifs à la compétence et à l'arbitrage du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Elle a indiqué que ce tableau visait à faciliter l'examen de ces deux questions par le Groupe de travail en regroupant les vues et commentaires de diverses délégations dans un document unique afin que le Groupe puisse en discuter. Outre quelques commentaires à titre individuel reçus par la délégation danoise, des commentaires, dont il est rendu compte en annexe, ont également été présentés par les délégations des pays et organismes suivants: Chine, Japon, Norvège, Nouvelle-Zélande, République de Corée, Chambre internationale de la marine marchande, Conseil maritime baltique et international et International Group of Protection and Indemnity Clubs.

Le Groupe de travail a été informé que la première colonne du tableau contenait le texte des dispositions relatives à la compétence et à l'arbitrage figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, tel que modifié par lui à sa quatorzième session, tenue du 29 novembre au 10 décembre 2004 à Vienne; la deuxième colonne des propositions de variantes pour ces dispositions; et la troisième un résumé des commentaires des délégations sur le texte figurant dans les première et deuxième colonnes.

Le tableau figurant à l'annexe est une traduction à partir de l'original anglais tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Compétence et arbitrage

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
Compétence	***Compétence***	Certaines des délégations ayant présenté des commentaires demeurent préoccupées par l'inclusion de règles relatives à la compétence et à l'arbitrage. Il est estimé que les dispositions sur la compétence et l'arbitrage pourraient faire obstacle à une large ratification de la nouvelle convention, car ces questions sont épineuses et controversées. Il a également été dit que l'inclusion de dispositions relatives à la compétence et le fait que l'instrument, au lieu de prévoir un seul ensemble de règles soumettant tous les litiges à un for unique, donne la possibilité aux chargeurs de porter une affaire devant un for au choix parmi plusieurs nuiront à l'efficacité – reconnue – du système actuel. Selon un autre point de vue, l'inclusion de règles sur la compétence sans règles correspondantes relatives à la reconnaissance et l'exécution risque de créer des situations inextricables. Il est fait observer que la Convention dans sa rédaction actuelle renferme des dispositions attributives de compétence qui obligent le chargeur ou d'autres personnes ayant des droits sur les marchandises à intenter une action auprès de certains tribunaux, ce qui limite la possibilité pour l'auteur de la réclamation de choisir un for. En règle générale, les biens se trouveront dans l'un de ces lieux, mais rien ne le garantit. Sans obligation correspondante pour les autres États parties de reconnaître et d'exécuter le jugement rendu en application de la Convention, il risque d'être impossible pour l'auteur de la réclamation, dans les faits, de faire exécuter ce jugement.
	Article premier (xx) [Sauf disposition contraire dans l'Instrument] "le moment de réception" et "le lieu de réception" sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de stipulation relative à la réception des marchandises dans un tel contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du secteur. En l'absence de telles stipulations	Afin de préciser que le lieu de réception et le lieu de livraison sont les lieux convenus et non pas les lieux effectifs, il a été proposé d'introduire des définitions (voir les commentaires relatifs aux alinéas b) et c) de l'article 72). Il faut déterminer si le "moment/lieu de réception/de livraison" est aussi utilisé comme moment/lieu de réception/livraison "contractuel" des marchandises. Dans le cas contraire, les dispositions auxquelles on entend donner un sens différent devraient chacune faire l'objet de précisions. Si le terme "contractuel" est celui

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
	dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde.	employé pour tous les cas, les mots entre crochets peuvent être supprimés. Si une définition des termes “lieu de réception” et “lieu de livraison” est ajoutée, les alinéas b) et c) peuvent être remplacés par le libellé suivant: “**Article 72** b) Le lieu de réception ou le lieu de livraison; ou”.
	Article premier (xxx) [Sauf disposition contraire dans l’Instrument,] “le moment de livraison” et “le lieu de livraison” sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de stipulation relative à la livraison des marchandises dans un tel contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du secteur. En l’absence de telle stipulation dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du débarquement ou du chargement des marchandises du dernier navire ou véhicule dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport.	Voir le commentaire ci-dessus.
Article 72. Dans toute procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu du présent instrument, le ~~demandeur~~ [l’auteur d’une réclamation concernant les marchandises] peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal d’un État contractant qui est compétent au regard de la loi de l’État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l’un des lieux ci-après:	***Article 72.*** Dans une procédure judiciaire intentée par le chargeur ou une autre partie ayant des droits sur les marchandises contre le transporteur au sujet du transport de marchandises en vertu du présent instrument, l’auteur de la réclamation concernant les marchandises peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal dans un État partie qui est compétent au regard de la loi de l’État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l’un des lieux ci-après:	Cette disposition ne s’applique qu’aux situations où la partie ayant des droits sur les marchandises actionne le transporteur contractant en vertu de l’Instrument. Dans sa rédaction actuelle, elle empêche un transporteur d’entamer en vertu de l’Instrument une action en déclaration de non-responsabilité afin de devancer l’auteur d’une réclamation concernant les marchandises dans le choix du for. Toutefois, il a été dit que les transporteurs engageant une action et les auteurs de réclamations concernant les marchandises devraient être liés par les mêmes règles. Il est à noter que cette disposition est subordonnée à l’article 74 *ter*. Il est à noter également que les actions intentées par le transporteur et par les parties exécutantes maritimes ne sont pas complètement exclues du projet mais sont régies par le paragraphe 2 de l’article 74 *ter*. Il a été proposé de fusionner l’article 74 *ter* et le présent article afin de

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
		réduire au minimum le nombre d'articles. Le terme "auteur d'une réclamation concernant les marchandises" a été employé ici. Une définition ne semble donc pas être nécessaire dans la mesure où ce terme est différent du terme "auteur de la réclamation". Dans cette proposition, l'exigence selon laquelle le lieu désigné doit être dans un État partie a été retenue. Conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, le terme "État contractant" est remplacé par "État partie". Une majorité de délégations ayant présenté des commentaires étaient en faveur de dispositions distinctes concernant les facteurs de rattachement dans des actions contre le transporteur contractant, d'une part, et les parties exécutantes maritimes, de l'autre, et ont généralement approuvé le libellé sous la forme proposée. Il a toutefois été proposé de remplacer les mots "le chargeur ou une autre partie ayant des droits sur les marchandises" par les mots "le porteur d'un document de transport" et les mots "auteur de la réclamation concernant les marchandises" par "ce porteur". Un autre représentant a fait observer que la décision finale concernant la terminologie ne pourra être prise qu'à l'issue des débats relatifs au chapitre 13 (Droits d'action).
a) [L'établissement principal] du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle [<u>ou son domicile</u>]; ou	a) L'établissement principal du défendeur ou [, à défaut,] sa résidence habituelle; ou [la succursale par l'intermédiaire de laquelle le contrat a été conclu]; Variante 1: a) L'établissement principal du défendeur ou [, à défaut,] son domicile; Variante 2: a) L'établissement principal du défendeur ou [, à défaut,] sa résidence habituelle;	Cette disposition correspond à la règle générale concernant la compétence. Une disposition de ce type a emporté l'adhésion générale. Il y a toutefois plusieurs propositions concernant sa formulation. Un certain appui a été exprimé en faveur de la suppression des crochets introduisant les deux facteurs de rattachement dans la même disposition. En revanche, d'autres délégations sont contre l'augmentation du nombre de facteurs de rattachement. Diverses propositions ont été faites concernant la formulation effective. À propos de l'introduction du terme "domicile", il a été estimé qu'il devrait remplacer le terme "résidence habituelle" et non s'y ajouter. Il a aussi été proposé d'employer, dans la version anglaise, le terme "ordinary residence", qui figure dans la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route et dans la Convention de Varsovie de 1929, au lieu de "habitual residence".

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
		Bien qu'un certain appui ait été exprimé en faveur de l'inclusion des termes "la succursale [du défendeur] par l'intermédiaire de laquelle le contrat a été conclu", la plupart des délégations se sont prononcées en faveur de sa suppression.
[b) Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou]		Bien que cette disposition soit encore appuyée par certaines délégations, la plupart des délégations qui ont présenté des commentaires ont appuyé la décision prise à la quatorzième session du Groupe de travail de la supprimer.
c) Le lieu [effectif/ contractuel] de réception ou le lieu [effectif/contractuel] de livraison; ou [d) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire océanique; ou e) Le port où les marchandises sont finalement déchargées d'un navire océanique; ou]	b) Le lieu où les marchandises sont initialement reçues de l'expéditeur par le transporteur ou par une partie exécutante [conformément à l'article 7-2]; c) Le lieu de livraison finale des marchandises par le transporteur ou une partie exécutante [conformément à l'article 7-3 ou 7-4];	La majorité des représentants qui ont traité de cette question a souhaité qu'il soit précisé que le lieu de réception et le lieu de livraison visés dans cette disposition soient les lieux convenus et non les lieux effectifs de réception et de livraison. Il est fait observer que le lieu contractuel de livraison pourrait, par exemple, être un port de refuge que les parties contractantes ne peuvent prévoir. On notera l'insertion proposée de définitions à l'article premier ci-dessus.
[d) Tout autre lieu désigné à cette fin dans le document de transport ou l'enregistrement électronique.]	d) Tout autre lieu désigné à cette fin dans le document de transport ou l'enregistrement électronique. Variante: d) Le lieu spécifié dans le contrat de transport ou dans un autre accord.	Les commentaires faits à ce sujet ne préjugent pas du débat fondamental sur la question de savoir si les clauses attributives de compétence devraient être exclusives ou non. Un certain appui a été exprimé en faveur de la variante. Il a été soutenu que tout lieu convenu indépendamment de la forme ou du document où il est déclaré devrait être valable. Toutefois, la majorité des délégations qui ont présenté des commentaires a préféré une disposition plus claire et plus restrictive s'inspirant du libellé original.
	***Article 72* bis.** Dans toute procédure judiciaire engagée par le chargeur ou une autre partie ayant des intérêts sur les marchandises contre la partie exécutante maritime au sujet du transport de marchandises en vertu du présent instrument, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal dans un État partie qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel	Bien que certaines préoccupations aient été exprimées, les délégations qui ont présenté des commentaires ont généralement l'idée de facteurs de rattachement distincts pour les parties exécutantes maritimes. Nombre des commentaires concernant le libellé de l'article 72 sont également pertinents à cet égard.

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
	se retrouve l'un des lieux ci-après: a) L'établissement principal ou [, à défaut,] sa résidence [habituelle/permanente]; b) Le lieu de réception [initiale] des marchandises par la partie exécutante maritime; ou c) Le lieu de livraison [finale] des marchandises par la partie exécutante maritime.	Toujours en rapport avec les facteurs de rattachement proposés, l'appui a été général, sous réserve des commentaires relatifs à l'article 72. Toutefois, on a fait observer qu'il conviendrait mieux que les lieux de réception et de livraison soient le lieu effectif plutôt que le lieu contractuel dans des actions intentées contre des parties exécutantes maritimes. En effet, contrairement aux actions intentées contre le transporteur contractuel, c'est l'exécution effective, et non le contrat, qui crée le lien entre le demandeur et le défendeur. On a fait observer aussi que les adjectifs "initiale" et "finale" ne semblaient pas appropriés pour les parties exécutantes maritimes qui exécutent leurs services dans un seul pays, comme les manutentionnaires ou les exploitants de terminaux.
[*Article 73.* Nonobstant l'article 72, une action peut être intentée devant les tribunaux de tout port ou lieu d'un État Partie où le navire effectuant le transport [ou l'un quelconque des navires effectuant le transport] ou tout autre navire dont le transporteur est propriétaire a été saisi conformément aux règles applicables de la législation de cet État et du droit international. Toutefois, dans ce cas, le demandeur, sur requête du défendeur, doit renvoyer l'action à l'une des juridictions spécifiées ~~au paragraphe 1 du présent article~~ aux articles précédents du présent chapitre pour la détermination de la demande mais, avant ce renvoi, le défendeur doit donner des assurances suffisantes pour le paiement de tout jugement qui pourrait ultérieurement être prononcé en faveur du	**[*Article 73.*** Nonobstant l'article 72, une action peut être intentée devant les tribunaux de tout port ou lieu d'un État Partie où le navire effectuant le transport [ou l'un quelconque des navires effectuant le transport] ou tout autre navire dont le transporteur est propriétaire a été saisi conformément aux règles applicables de la législation de cet État et du droit international. Toutefois, dans ce cas, le demandeur, sur requête du défendeur, doit renvoyer l'action à l'une des juridictions spécifiées aux articles précédents du présent chapitre pour la détermination de la demande mais, avant ce renvoi, le défendeur doit donner des assurances suffisantes pour le paiement de tout jugement qui pourrait ultérieurement être prononcé en faveur du demandeur dans le cadre de l'action.] Variante: Rien dans le présent chapitre n'affecte la compétence en ce qui concerne la saisie [conformément aux règles applicables du droit de l'État ou	Presque toutes les délégations qui ont présenté des commentaires étaient contre l'introduction dans le présent Instrument d'une compétence additionnelle en matière de saisie. Certaines souhaitaient la suppression pure et simple de cette disposition, tandis que d'autres étaient en faveur d'une disposition indiquant que les règles de l'Instrument respectaient les règles nationales et internationales existantes concernant la saisie. Il a été fait observer que le fait de ne pas traiter cette question dans l'Instrument constituerait une source d'insécurité quant à la relation entre les deux ensembles de règles. Plusieurs contributions détaillées ont été présentées à cet égard, exposant les problèmes que posait l'article 73 proposé et que poserait sa suppression pure et simple. La manière de procéder ayant la préférence consistait à inclure une disposition s'inspirant de la variante – sous réserve de la formulation.

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
demandeur dans le cadre de l'action.]	du droit international].	
	***Article 73* bis.** 1. Les parties peuvent convenir que des actions peuvent être intentées dans un seul ou dans plusieurs des lieux énumérés aux articles précédents. 2. Nonobstant le paragraphe 1, un accord selon lequel des actions peuvent uniquement être intentées dans le lieu de l'établissement principal ou [, à défaut,] de résidence [habituelle/permanente] du défendeur n'empêche pas le titulaire d'un droit sur les marchandises d'intenter des actions dans l'un des autres fors possibles.	La disposition proposée aborde la question de l'exclusivité des clauses de compétence. Les réponses des délégations reflètent assez fidèlement les divers avis exprimés au sein du Groupe de travail tant en faveur de la non-exclusivité que de l'exclusivité limitée ou de l'exclusivité illimitée. En faveur de la non-exclusivité, il a été avancé que le propriétaire de la cargaison devrait toujours avoir le droit d'intenter une action devant un tribunal de son propre ressort, autrement les frais élevés de procédure pourraient, dans la pratique, constituer un obstacle à l'exercice d'une action même pour des réclamations importantes. En faveur d'une exclusivité illimitée, on a fait valoir que la non-exclusivité pourrait constituer un obstacle à la poursuite d'actions devant des tribunaux ayant l'expérience des litiges commerciaux. Il a été dit que le for convenu pouvait être écarté seulement si le tribunal saisi avait une certaine expérience en matière de droit maritime ou commercial. La plupart des délégations ayant présenté des commentaires étaient toutefois disposées à considérer l'exclusivité limitée comme un compromis possible. Cela dit, des commentaires et observations ont été faits sur la forme proposée dans l'article 73 *bis*. Il a été noté que la référence aux "lieux énumérés aux articles précédents" devrait exclure l'article 72 d), faute de quoi l'exclusivité ne serait pas limitée. De fait, la décision qui sera prise au sujet du présent article déterminera si la référence visera aussi l'alinéa d) de l'article 72. Il a été proposé d'insérer le présent article avant l'article 73. Par ailleurs, il a été proposé de clarifier le degré de précision de la désignation – un tribunal spécifique ou seulement une juridiction. Enfin, un certain nombre de délégations ont fait part de leurs préoccupations au sujet du deuxième paragraphe. Elles préféreraient que l'article 72 a) soit inclus dans la liste des fors dans lesquels une compétence exclusive peut être convenue.

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
Article 74. Aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu du présent instrument ne peut être engagée en un lieu non spécifié à l'article 72 ou 73. Le présent article ne fait pas obstacle à la compétence des tribunaux des États parties en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires.	***Article 74.*** Aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu du présent instrument ne peut être engagée en un lieu non spécifié aux articles 72, 72 *bis* ou 73. Le présent article ne fait pas obstacle à la compétence des tribunaux des États parties en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires. [2. Aux fins du présent article, il faut entendre par "mesures provisoires ou conservatoires": a) Mesures visant la conservation, la garde provisoire ou la vente de tout bien faisant l'objet du litige; ou b) Mesures visant l'immobilisation du montant en litige; ou c) Mesure visant la désignation d'un dépositaire; ou d) Toutes autres mesures visant à garantir que toute sentence qui pourrait être rendue dans le cadre de la procédure arbitrale ne devienne sans effet du fait de la dispersion des biens par l'autre partie; ou e) Injonction provisoire ou autre mesure provisoire.]	La plupart des délégations ayant présenté des commentaires se sont prononcées en faveur de cette disposition. Certaines ont souhaité que la notion de "mesures provisoires ou conservatoires" soit précisée. Il a été suggéré de prendre comme modèle l'article 9 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage. Le présent texte a été inséré entre crochets en tant que paragraphe 2.
	***Article 74* bis.** Lorsqu'une action est engagée au titre du présent instrument par le titulaire d'un droit sur les marchandises dans un des lieux énumérés dans les articles 72 et 72 *bis*, toute action ultérieure ayant trait au même incident sera, à la demande de la partie en cause, transférée au lieu où la première action a été engagée.	Les délégations ayant présenté des commentaires se sont déclarées en principe favorables à une disposition sur le concours d'actions. Dans le même temps, toutefois, beaucoup se sont montrées inquiètes, du fait notamment qu'il avait été impossible de parvenir à un accord lorsque la question s'était posée à la Conférence de La Haye de droit international privé. Il a également été indiqué que la procédure envisagée dans le présent projet d'article serait inutilement lourde. Il a été proposé de demander au demandeur d'engager l'action dans le for désigné par le défendeur à condition qu'il s'agisse d'un for raisonnable.

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
	***Article 74* ter.** [1. Si le titulaire d'un droit sur les marchandises intente des actions *in solidum* contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime, il doit le faire en l'un des lieux spécifiés à l'article 72 *bis*, où des actions contre la partie exécutante maritime peuvent être intentées.] 2. Si le transporteur ou une partie exécutante maritime intente une action en vertu du présent instrument contre le chargeur, le demandeur, sur requête du défendeur, doit renvoyer l'action à l'un des lieux spécifiés aux articles 72 ou 72 *bis*, au choix du défendeur.	Cette disposition a elle aussi été appuyée en principe mais sous réserve d'une amélioration rédactionnelle. Il a été avancé que le système décrit était trop rigide. Par exemple, la règle ne devrait pas supplanter une clause de compétence entre le transporteur et la partie exécutante maritime si le for convenu se trouve dans un des lieux énumérés aux articles 72 ou 72 *bis*.
[*Article 75*. 1. Lorsqu'une action a été intentée devant un tribunal compétent en vertu de l'article 72 ou 73 ou lorsqu'un jugement a été rendu par un tel tribunal, il ne peut être engagé de nouvelle action entre les mêmes parties et fondée sur la même cause à moins que le jugement du tribunal devant lequel la première action a été intentée ne soit pas exécutoire dans le pays où la nouvelle procédure est engagée. 2. Aux fins du présent chapitre, les mesures ayant pour objet d'obtenir l'exécution d'un jugement ne sont pas considérées comme l'engagement d'une nouvelle action. 3. Aux fins du présent chapitre, le renvoi d'une action devant un autre tribunal dans le même pays, ou devant un tribunal d'un autre pays, conformément à l'article 73, n'est pas considéré comme	***~~Article 75.~~*** ~~1. Lorsqu'une action a été intentée devant un tribunal compétent en vertu de l'article 72 ou 73 ou lorsqu'un jugement a été rendu par un tel tribunal, il ne peut être engagé de nouvelle action entre les mêmes parties et fondée sur la même cause à moins que le jugement du tribunal devant lequel la première action a été intentée ne soit pas exécutoire dans le pays où la nouvelle procédure est engagée.~~ ~~2. Aux fins du présent chapitre, les mesures ayant pour objet d'obtenir l'exécution d'un jugement ne sont pas considérées comme l'engagement d'une nouvelle action.~~ ~~3. Aux fins du présent chapitre, le renvoi d'une action devant un autre tribunal dans le même pays, ou devant un tribunal d'un autre pays, conformément à l'article 73, n'est pas considéré comme l'engagement d'une nouvelle action.~~.	Toutes les délégations ayant présenté des commentaires se sont prononcées en faveur de la suppression de cet article.

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
l'engagement d'une nouvelle action.]		
***Article 75* bis**. Nonobstant les articles précédents du présent chapitre, tout accord d'élection de for conclu par les parties [après qu'un litige est né du contrat de transport] est valable.	***Article 75* bis**. Nonobstant les articles précédents du présent chapitre, tout accord d'élection de for conclu par les parties au litige après qu'un litige est né du contrat de transport est valable.	Cet article a bénéficié d'un soutien général. Certaines délégations ont souhaité qu'il soit précisé qu'un tel accord devrait être explicite, d'autres en revanche préféraient laisser au tribunal le soin de déterminer si un tel accord avait ou non été conclu. Il a été dit que "après qu'un litige est né du contrat de transport" était le moment pertinent.
	Article XX Les parties à un accord de services réguliers de transport maritime peuvent étendre un accord d'élection de for à un tiers seulement si: i) les parties à l'accord de services réguliers de transport maritime conviennent expressément, dans cet accord, d'étendre le for choisi à une partie subséquente; ii) la partie subséquente qui sera liée est informée par écrit ou par voie électronique du lieu où une action peut être intentée; iii) le lieu ou les lieux choisis dans l'accord est (sont): a) le lieu où les marchandises sont initialement reçues de l'expéditeur par le transporteur ou par une partie exécutante, ou le port dans lequel les marchandises sont initialement chargées sur un navire de mer, ou b) le lieu où les marchandises sont livrées par le transporteur ou par une partie exécutante conformément à l'article 7-3 ou 7-4, ou le port dans lequel les marchandises sont finalement déchargées d'un navire de mer, ou c) l'établissement principal ou la résidence habituelle du défendeur,	La plupart des délégations ayant présenté des commentaires n'étaient pas prêtes à donner leur avis sur la question des accords de services réguliers de transport maritime en ce qui concerne la compétence. L'observation suivante a été faite: "Il découle des règles non impératives des accords de services réguliers de transport maritime, si elles sont incorporées dans l'instrument, que des clauses de compétence *inter partes* sont acceptables. Pour ce qui est de la force obligatoire des clauses de compétence, le problème est plus général et ne concerne pas uniquement les services réguliers de transport maritime. L'article XX contient des règles de protection raisonnables en faveur d'un tiers. Seul un nombre restreint de fors sont éligibles. Étant donné que le port de chargement ou le port de déchargement ne devraient pas être des facteurs de rattachement dans la 'partie principale' des dispositions relatives à la compétence, ils ne devraient pas non plus être des facteurs de rattachement pour lier des tiers aux clauses de compétence des services réguliers de transport maritime."

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
	en ce qui concerne une ou plusieurs expéditions effectuées dans le cadre de l'accord en question; et iv) le lieu choisi dans l'accord doit être situé dans un État partie.	
Arbitrage		Parmi les délégations qui se sont dites inquiètes de l'incorporation, dans l'instrument, de règles relatives à la compétence, plusieurs ont déclaré qu'elles étaient encore plus préoccupées en ce qui concerne l'arbitrage. Si des règles sur l'arbitrage étaient incorporées, elles devraient être limitées à une déclaration indiquant que de tels arrangements étaient permis; demandant aux arbitres d'appliquer les règles de l'instrument; et éventuellement la validité de l'incorporation de clauses d'arbitrage de la charte-partie dans des connaissements.
[*Article 76*. Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir [, par un accord constaté par écrit,] que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique le présent instrument sera soumis à l'arbitrage.]	**[*Article 76*.** Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir [, par un accord constaté par écrit,] que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique le présent instrument sera soumis à l'arbitrage.]	Les délégations ayant présenté des commentaires se sont dans l'ensemble déclarées favorables à cet article. En ce qui concerne la forme de la disposition, il faudrait prendre en considération les commentaires du secrétariat de la CNUDCI figurant aux paragraphes 1 à 9 du document WP.45. Il est dit au paragraphe 9 que: "le Groupe de travail III souhaitera peut-être se demander s'il serait préférable d'aligner les définitions de l'exigence de la forme écrite dans le projet d'instrument sur les travaux les plus récents du Groupe de travail II. Toutefois, afin de ne pas répéter la réglementation de la question de la forme dans la Loi type (dont l'examen n'est pas terminé), le Groupe de travail III souhaitera peut-être conclure que l'objet des dispositions du projet d'instrument relatives à l'arbitrage devrait simplement être de donner aux parties la liberté d'opter pour l'arbitrage (ce qui, au regard de certaines lois nationales relatives au transport de marchandises par mer serait avantageux) et le projet d'article 76 pourrait alors être libellé en termes plus généraux."
***Article 77*.** Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doivent figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être	***Article 77*.** Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doivent figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporés par	Les délégations ayant présenté des commentaires ont appuyé dans l'ensemble cet article. À cet égard, le secrétariat de la CNUDCI fait en outre valoir que la question de l'incorporation par référence a été abordée de façon générale au sein du Groupe de travail II et recommande qu'il soit envisagé d'aligner cet article sur les conclusions du débat général (voir document WP.45, par. 10 et 11).

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
expressément incorporés par référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable.	référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable.	
~~***Article 78.***~~ ~~La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur:~~ ~~a) Soit en un lieu sur le territoire d'un État dans lequel est situé:~~ ~~i) L'établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou~~ ~~[ii) Le lieu où le contrat de transport a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou]~~ ~~iii) Le lieu où le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises à transporter ou le lieu de livraison;~~ ~~b) Soit en tout autre lieu désigné à cette fin par la clause ou le pacte compromissoire~~.	***Article 78.*** À l'exception des contrats de transport des services non réguliers, il ne peut être convenu que la procédure d'arbitrage doit se dérouler dans un lieu où des actions ne peuvent être intentées conformément au chapitre 15. Variante: À l'exception des contrats de transport des services non réguliers, le siège de l'arbitrage en matière de transport de marchandises en vertu du présent instrument doit être un lieu spécifié au chapitre 15 où une action peut être intentée.	Les avis exprimés au sujet de cette disposition représentaient deux positions extrêmes, les uns étant en faveur de l'extension de la restriction à toutes les formes de commerce en vertu de l'Instrument, les autres préférant laisser les parties décider dans tous les cas. D'aucuns se sont toutefois prononcés en faveur d'une solution dans le sens du texte proposé. En ce qui concerne le libellé, l'observation suivante a été faite: "À la différence des audiences devant les tribunaux, nous considérons que les audiences arbitrales peuvent avoir lieu partout dans le monde même si le "siège" officiel est dans un lieu spécifié – à condition que les parties soient d'accord ou que le comité d'arbitrage en décide ainsi. Ces audiences se déroulent naturellement conformément aux règles applicables, comme les règles de la London Maritime Arbitrators' Association et conformément à la législation locale. Ainsi, le droit de saisir les tribunaux du siège officiel est préservé." Il a été avancé que la variante proposée reflétait peut-être mieux cette situation. On notera aussi les commentaires du secrétariat de la CNUDCI aux paragraphes 12 à 15 du document WP.45. Bien qu'ils visent pour la plupart l'article 78 tel qu'il figurait dans le document WP.32, les observations générales concernant la manière de déterminer le siège de

Chapitre 15 tel que modifié par le Groupe de travail à Vienne en 2004	*Avril 2005*	*Résumé des commentaires*
		l'arbitrage devraient êtres prises en considération.
[*Article 79*. L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles du présent Instrument.]	**[*Article 79*.** L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles du présent Instrument.]	Les délégations ayant présenté des commentaires se sont dans l'ensemble déclarées favorables à cet article. On notera aussi que les commentaires du secrétariat de la CNUDCI, aux paragraphes 16 à 19 du document WP.45, attirent l'attention sur la règle générale qui consiste à laisser les parties décider de la loi applicable.
***Article 80*.** Les articles 77 [et 78] sont réputés inclus dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.	***Article 80*.** Les articles 77 [et 78] sont réputés inclus dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.	Les délégations ayant présenté des commentaires se sont dans l'ensemble déclarées favorables à cet article. On notera aussi les commentaires du secrétariat de la CNUDCI, au paragraphe 20 du document WP.45.
***Article 80* bis.** Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.	***Article 80* bis**. Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.	Les délégations ayant présenté des commentaires se sont dans l'ensemble déclarées favorables à cet article. On notera aussi les commentaires du secrétariat de la CNUDCI, au paragraphe 21 du document WP.45.

C. Droit des transports: élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]*

Droit de contrôle: informations présentées par la délégation norvégienne

(A/CN.9/WG.III/WP.50 et Rev.1) [Original: anglais]

Note du secrétariat

À la quinzième session du Groupe de travail III (Droit des transports), qui s'est tenue à New York du 18 au 28 avril 2005, le Groupe de travail a examiné de manière générale la question du droit de contrôle en vertu du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. En vue de faciliter l'examen de cette question, la délégation norvégienne a soumis le document ci-joint en annexe, qui regroupe les avis exprimés par diverses délégations lors de consultations informelles, pour discussion par le Groupe de travail. Les commentaires dont il est rendu compte dans l'annexe ont été fournis par les représentants des pays et organismes ci-après: Espagne, Italie, Japon, Norvège, République de Corée, Chambre internationale de la marine marchande, Conseil maritime baltique et international (BIMCO) et International Group of P & I Clubs.

Le document est reproduit à l'annexe tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

---

* La numérotation des dispositions a été modifiée dans cette version révisée du document A/CN.9/WG.III/WP.50 afin de correspondre à celle du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

Annexe

Rapport

Chapitre 11: Droit de contrôle (Karl J. Gombrii, Norvège)

1. Le chapitre 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, qui porte sur le droit de contrôle, a fait l'objet d'une table ronde informelle intersessions (séminaire) tenue à Londres, le 25 février 2005. Un document informel exposant le contexte et le contenu de ce chapitre avait été présenté et discuté lors de ce séminaire.

2. À l'issue du séminaire de Londres, un questionnaire informel a été distribué électroniquement au nom de la délégation norvégienne. Des réponses ont été reçues des délégations de la République de Corée, de l'Espagne, du Japon, de l'Italie, de la Norvège (indirectement, en sa qualité d'auteur du présent rapport) ainsi que du BIMCO, de la Chambre internationale de la marine marchande et du International Group of P & I Clubs (ces ONG ayant présenté une réponse conjointe).

3. Sur la base de ce qui précède, il est noté ce qui suit:

4. Nombre de ceux qui ont répondu estiment que l'article 53 du document A/CN.9/WG.III/WP.32 (devenu l'article 54 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56), ne fait pas de distinction claire entre, d'une part, le droit de la partie contrôlante de donner des instructions unilatéralement et, d'autre part, le droit de la partie contrôlante, et de nulle autre personne, de convenir d'une modification du contrat de transport.

5. La teneur de l'article 54 b) qui dispose que la partie contrôlante peut "exiger la livraison des marchandises avant leur arrivée au lieu de destination", a été une pomme de discorde. Certaines des délégations qui ont répondu ont estimé qu'une telle exigence constitue toujours une modification du contrat et qu'elle ne pouvait donc pas faire l'objet d'instructions unilatérales. D'autres ont estimé que le droit de donner des instructions était essentiel, par exemple pour les banques accordant un financement aux acheteurs. À titre de garantie, on pourrait exiger qu'elles soient données par la partie contrôlante, lorsque aucun enregistrement de transport négociable n'a été émis, et s'il apparaissait que le vendeur est incapable d'honorer ses obligations envers la banque, il devrait être possible d'empêcher l'entrée des marchandises sur le territoire du client/acheteur défaillant.

6. Selon la majorité des réponses au questionnaire informel, il importait que la partie contrôlante soit en mesure d'exiger la livraison des marchandises avant leur arrivée au lieu de destination, et que le lieu de la livraison ne soit pas obligatoirement sur l'itinéraire vers le lieu de destination initial, sous réserve, dans tous les cas, que les conditions énoncées à l'article 57 soient remplies.

7. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la version révisée ci-après de l'**article 54**:

> "**Le droit de contrôle en vertu d'un contrat de transport ne peut être exercé que par la partie contrôlante et désigne le droit:**

a) De convenir avec le transporteur de toute modification du contrat de transport;

b) De donner ou de modifier des instructions concernant les marchandises qui ne constituent pas une modification du contrat;

c) De remplacer le destinataire par une autre personne, y compris la partie contrôlante elle-même;

[d) D'exiger, sous réserve des conditions prévues à l'article 55, la livraison des marchandises en un lieu autre que le lieu de destination initial.]"

8. L'article 56 dit qui est la partie contrôlante et prévoit le transfert du droit de contrôle d'une partie contrôlante à une autre.

9. L'article 56-1, qui s'applique lorsque aucun enregistrement de transport négociable n'est émis, dispose à l'alinéa a) que le chargeur est la partie contrôlante à moins que le destinataire ou une autre personne ne soit désignée partie contrôlante. Comme l'indiquent les crochets dans la version actuelle du projet d'instrument qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, il y a eu désaccord sur le point de savoir si le chargeur pouvait désigner unilatéralement ainsi une nouvelle partie contrôlante, ou si le consentement du destinataire était nécessaire.

10. En réponse au questionnaire informel sur ce point, une grande majorité s'est prononcée en faveur de la suppression du texte entre crochets de manière à indiquer clairement que le chargeur pouvait désigner unilatéralement une nouvelle partie contrôlante. Plusieurs délégations ont aussi fait observer qu'en pareil cas il était important qu'il y ait une obligation d'aviser le transporteur.

11. D'après les réponses au questionnaire informel, le texte de l'**article 56-1 a)** devrait donc être le suivant:

"**Le chargeur est la partie contrôlante à moins qu'il ne désigne une autre personne partie contrôlante et en avise le transporteur.**"

12. Une autre question relative à l'article 56 est de savoir quand le droit de contrôle prend fin lorsque aucun enregistrement de transport négociable n'a été émis. Cela devrait-il être quand les marchandises sont arrivées à destination et que le destinataire en a demandé livraison, ou bien quand elles sont effectivement livrées à leur destination?

13. Lors du séminaire de Londres, les avis ont été partagés. Certains ont estimé que la seconde solution était la plus réaliste, car il était courant qu'un chargeur/vendeur donne instruction au transporteur de le contacter en arrivant à destination, immédiatement avant la livraison. Une telle instruction permettrait au chargeur/vendeur de vérifier que le règlement a été reçu avant que les marchandises soient livrées au destinataire/acheteur. À défaut de règlement, le chargeur/vendeur, en sa qualité de partie contrôlante, devrait avoir le droit de désigner un nouveau destinataire et garantir ainsi sa position même si la partie défaillante avait demandé la livraison.

14. D'autres ont estimé que dans une telle situation, l'instruction donnée au transporteur pouvait être de contacter le chargeur/vendeur peu avant l'arrivée à destination et que le libellé actuel de l'article 56 d) pouvait être conservé.

15. En réponse au questionnaire informel sur ce point, la majorité de ceux qui ont répondu étaient d'avis que le droit de contrôle devrait prendre fin au moment de la livraison effective des marchandises au lieu de destination, tandis que deux délégations préféraient l'autre solution. Compte tenu de ces résultats, l'**article 56 d)** devrait être libellé comme suit:

> "**Le droit de contrôle prend fin lorsque les marchandises ont été livrées au lieu de destination [, ou à tout autre lieu désigné conformément à l'article 53 d) [du document A/CN.9/WG.III/WP.32, devenu l'article 55-1 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56].**"

16. Le point de savoir si le texte entre crochets est ou non nécessaire dépend naturellement de la décision du Groupe de travail concernant l'alinéa d) de l'article 53 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, devenu l'article 55-1 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Si cette disposition est supprimée, il faudrait évidemment supprimer aussi le texte entre crochets à l'article 56 d).

17. L'article 56-2 d) (dont la suppression a été proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56) dispose pour l'essentiel que toute instruction donnée doit être portée sur un document de transport négociable. Il n'y a pas d'exigence correspondante selon laquelle les instructions données lorsque aucun enregistrement de transport négociable n'a été émis, concernant par exemple la désignation d'un nouveau destinataire, devraient être portées sur tout document de transport non négociable ayant pu être émis. Ce point a été soulevé dans le questionnaire informel. Les réponses concernant l'introduction d'une telle exigence ont été partagées: trois délégations étaient contre et trois (dont la Norvège) étaient pour. Une délégation était indécise.

18. Dans les commentaires d'introduction au chapitre 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, il a été noté que, dans de nombreux secteurs, l'utilisation de documents de transport négociables décroissait rapidement ou avait entièrement disparu et qu'un droit de contrôle bien défini et transférable pourrait faciliter la mise au point de systèmes de commerce électronique où aucun enregistrement électronique négociable n'était utilisé. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'introduction d'une exigence selon laquelle des instructions ou le remplacement d'un destinataire devraient être indiqués dans un enregistrement de transport non négociable, lorsqu'un tel enregistrement a été émis, permettrait d'accroître l'utilisation de documents ou d'enregistrements de transport non négociables à des fins de financement et/ou de commerce électronique. Dans l'affirmative, le Groupe de travail souhaitera peut-être modifier l'**article 56-1 c)** comme suit:

> "**Lorsque la partie contrôlante exerce le droit de contrôle conformément à l'article 54, elle produit un document d'identification approprié et toutes instructions qu'elle donne, ou le remplacement par elle du destinataire, sont indiqués dans tout document de transport ou enregistrement électronique non négociable ayant pu être émis.**"

19. S'agissant de l'article 57-4 on s'est demandé si la responsabilité du transporteur du fait de son non-respect des instructions données devrait être stricte et illimitée ou si, selon une interprétation objective de la disposition, elle devait être fondée, comme la responsabilité pour la perte ou le dommage subi par les

marchandises, sur le principe de diligence raisonnable, et limitée de la même manière.

20. En réponse au questionnaire informel sur ce point, la majorité de ceux qui ont répondu se sont prononcés clairement en faveur de la responsabilité fondée sur le principe de diligence raisonnable, limitée de la même manière que la responsabilité pour perte ou dommage subi par les marchandises. La majorité a également estimé qu'il faudrait préciser la disposition. Partant de là, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de remplacer le texte actuel de l'**article 57-4** par le libellé suivant:

> "**Le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard de livraison résultant du non-respect, de sa part ou de la part de l'une quelconque des personnes visées à l'article 20-3, des instructions de la partie contrôlante, et cette responsabilité est limitée conformément aux articles 64 et 66.**"

21. Il est noté par ailleurs, concernant l'article 57-1, que la variante A est fondée sur le texte initial du projet d'instrument, tandis que la variante B est le résultat d'un remaniement effectué par le secrétariat de la CNUDCI à la demande du Groupe de travail.

22. Les articles 58, 59 et 60 n'ont pas été abordés lors du séminaire de Londres et n'avaient pas non plus été controversés auparavant.

D. Droit des transports: élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Champ d'application et liberté contractuelle: informations présentées par la délégation finlandaise à la quinzième session

(A/CN.9/WG.III/WP.51) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Pendant la quinzième session du Groupe de travail III (Droit des transports), qui s'est tenue à New York du 18 au 28 avril 2005, la délégation finlandaise a distribué de manière informelle le document figurant à l'annexe ci-après lors du débat sur le champ d'application et la liberté contractuelle dans le projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Elle a indiqué que ce texte visait à faciliter l'examen de ces deux questions par le Groupe de travail en regroupant les vues et commentaires de diverses délégations dans un document unique, afin que le Groupe puisse en discuter. Outre quelques commentaires à titre individuel reçus par la délégation finlandaise, des commentaires, dont il est rendu compte dans l'annexe, ont également été présentés par les délégations des pays et organismes suivants: Australie, Chine, Danemark, Grèce, Italie, Japon, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République de Corée, Chambre internationale de la marine marchande, Conseil maritime baltique et international (BIMCO) et International Group of P & I Clubs.

Le document figurant à l'annexe est une traduction du document tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

12 avril 2005. "RAPPORT D'AVRIL 2005"
M. Hannu Honka

PROJET D'INSTRUMENT DE LA CNUDCI. CHAMP D'APPLICATION ET LIBERTÉ CONTRACTUELLE

RAPPORT FONDÉ SUR DES DISCUSSIONS ET SUR LES RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE INFORMEL DU 24 JANVIER 2005

1. Pendant la quatorzième session du Groupe de travail III (Vienne, 2004), un groupe de rédaction informel a examiné certaines suggestions rédactionnelles concernant les types d'opérations qui devraient entrer dans le champ d'application obligatoire du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. À cette session, il a proposé au Groupe de travail une série de nouvelles dispositions qui ont ensuite été reproduites par la CNUDCI dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 sous le titre "projets d'articles relatifs au champ d'application".

2. Ces projets d'articles ne traitent pas de la question des accords de services réguliers de transport maritime et doivent, d'après ce qui est indiqué dans le document A/CN.9WG.III/WP.44, être réexaminés à la lumière de la décision prise par le Groupe de travail à cet égard. En outre, un examen plus poussé des projets d'articles 88 et 89 (A/CN.9/WG.III/WP.32) est nécessaire.

3. Après la quatorzième session, la délégation finlandaise a envoyé aux autres délégations un questionnaire informel, en date du 24 janvier 2005, afin de recueillir d'autres avis sur les nouvelles dispositions proposées pendant la session ainsi que d'autres commentaires sur la question des accords de services réguliers de transport maritime et les projets d'articles 88 et 89. Des réponses ont été reçues de l'Australie, du Danemark, de la Grèce, de l'Italie, de la Norvège, de la Nouvelle-Zélande, des Pays-Bas, de la République de Corée, de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International Group of P & I Clubs, et des commentaires ont été envoyés par la CNUCED. Des réponses ont d'autre part été reçues de Stuart Beare, assisté de Anthony Diamond (avocat de la Couronne), de Tomotaka Fujita (Japon) et de Si Yuzhuo (République populaire de Chine). Je tiens à exprimer ma vive reconnaissance pour tous les commentaires constructifs qui figurent dans ces réponses.

4. Dans ce qui suit, les dispositions du document A/CN.9/WG.III/WP.44 sont reproduites dans la *partie I*; chacune est suivie d'un résumé des réponses au questionnaire du 24 janvier 2005. La question des accords de services réguliers de transport maritime est traitée dans la *partie II*, mais elle a de nouveau évolué et une autre proposition a été faite sur le moyen de l'aborder dans un contexte plus large. Les articles 88 et 89 sont traités dans la *partie III*.

5. Eu égard aux réponses, ainsi qu'à des discussions et à des contacts informels, il a été estimé nécessaire de faire une proposition prévoyant aussi une nouvelle approche dans laquelle les accords de services réguliers de transport maritime sont assimilés à des contrats de tonnage. Cette proposition, qui figure dans la *partie IV*,

doit servir de base aux discussions qui auront lieu à la quinzième session du Groupe de travail à New York.

6. Dans ce qui suit, on a omis les commentaires qui figurent dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 sur chacun des projets d'articles relatifs au champ d'application.

PARTIE I. CHAMP D'APPLICATION – PROJETS D'ARTICLES DU DOCUMENT A/CN.9/WG.III/WP.44

7. **Article premier**

a) Le terme "contrat de transport" désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu à un autre. Cet engagement doit prévoir le transport par mer et peut prévoir le transport par d'autres modes avant ou après le transport par mer. [Un contrat qui prévoit une possibilité de transporter les marchandises par mer est considéré comme un contrat de transport, à condition que les marchandises soient effectivement transportées par mer.]

[...) Le terme "service régulier" désigne un service de transport maritime:

i) offert au public par voie de publicité ou autrement; et

ii) assuré sur une base régulière entre des ports spécifiés conformément à des horaires ou des dates de départ annoncés.]

[...] Le terme "service non régulier" désigne tout service de transport maritime qui n'est pas un service régulier.]

8. La majorité des réponses reçues sont favorables au texte de l'article 1-a). Selon un avis, cependant, la définition du "contrat de transport" est trop large, car elle vise aussi les chartes-parties au voyage, et il est proposé de choisir un renvoi à l'exclusion énoncée à l'article 3-1. Il est aussi proposé de choisir une formulation plus exacte qui soulignerait notamment le caractère mutuel des obligations du chargeur et du transporteur et où le terme "contrat" serait substitué au terme "engagement" dans la deuxième phrase (voir *partie IV*, article premier). Il est estimé que le fait d'avoir scindé la disposition concernant le parcours maritime en deux articles séparés (1 et 2) a fait perdre l'exigence d'internationalité. Il a été proposé d'insérer le mot "international" entre les mots "transport" et "par mer" (voir *partie IV*, article premier). D'autres propositions rédactionnelles ont été faites.

9. La phrase entre crochets, à l'article 1-a), est quant à elle controversée. À l'appui de son maintien et de la suppression des crochets, on a avancé, par exemple, que cette phrase précisait les termes "doit prévoir le transport par mer" dans la phrase précédente. Il a également été déclaré que, si le texte entre crochets était omis, le droit national s'appliquerait dans deux cas, à savoir lorsque le contrat prévoyait des modes de transport optionnels et lorsqu'il était muet sur le mode de transport. La majorité des commentaires étaient favorables au maintien du texte entre crochets dans l'instrument.

10. L'argument avancé à l'appui de la suppression de la totalité du texte entre crochets a été que, comme simple interprétation de la partie précédente de la disposition, il était superflu. Qui plus est, la formulation pourrait prêter à confusion, car on ne devrait pas pouvoir fonder l'application de l'instrument sur le fait qu'un transport quelconque ait effectivement été effectué par mer. Il serait préférable que chaque convention prévoie son propre contrat pour éviter des chevauchements avec d'autres conventions.

11. De l'avis général, les définitions proposées pour "service régulier" et "service non régulier" étaient acceptables en principe, mais certains ont estimé qu'il faudrait les expliciter et les préciser davantage. On a considéré, par exemple, que la définition devrait être plus large que dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44. On a également suggéré les termes "transports sur ligne régulière" et "trafic de lignes régulières". Une version améliorée de l'ensemble de la définition a également été proposée (voir *partie IV*, article premier, variantes 2 et 3). On a exprimé la crainte que la définition ne soit pas suffisamment précise eu égard au champ d'application de l'instrument. Selon un avis, il y avait peut-être un risque de confusion entre ces définitions et le paragraphe 2 de l'article 3.

12. Un des commentaires était franchement opposé à l'inclusion des définitions de "service régulier" et de "service non régulier" eu égard à l'approche adoptée à l'article 3.

13. **Article 2**

1. Sous réserve des articles 3 à 5, le présent instrument s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception [contractuel] et le lieu de livraison [contractuel] sont situés dans des États différents, et le port de chargement [contractuel] et le port de déchargement [contractuel] sont situés dans des États différents, lorsque:

a) le lieu de réception [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

b) le lieu de livraison [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

c) [le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels [prévus par le contrat] et est situé dans un État contractant, ou]

d) le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat. [Les références aux lieux et ports [contractuels] désignent les lieux et ports prévus par le contrat de transport ou dans les données du contrat.]

[2. Le présent instrument s'applique quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.]

14. La majorité des commentaires reçus étaient favorables à l'exigence d'internationalité tant du parcours maritime que de l'ensemble du transport, mais, selon un avis, le libellé actuel du document A/CN.9/WG.III/WP.44 ne satisfaisait pas cette exigence. Il a également été suggéré, pour que les parties puissent modifier de façon informelle les lieux de réception ou de livraison contractuels, que l'instrument s'applique si le nouveau lieu se trouvait dans un État contractant (voir à cet égard la

formulation dans la *partie IV*, article 2-1). D'autres ont toutefois estimé qu'il devrait suffire que le transport pris globalement soit international pour que l'instrument s'applique. Un autre point de vue encore était que seul le parcours maritime avait besoin d'être international, étant donné qu'alors le transport pris globalement l'était généralement aussi, et que l'instrument portait essentiellement sur les aspects maritimes.

15. Selon un des commentaires, il faudrait remplacer les mots "aux contrats de transport" par "à tous les contrats de transport".

16. Dans les commentaires reçus, il a généralement été admis que l'adjectif "contractuel" était nécessaire, mais on s'est demandé s'il devait figurer ailleurs que dans le chapeau ou dans la dernière phrase du paragraphe 1. Il a également été estimé qu'il était inutile pour qualifier le lieu de réception, car on ne pouvait envisager l'existence d'un tel lieu sans un accord entre les parties. Peut-être était-il superflu aussi de mentionner le "port de chargement" et le "port de déchargement" étant donné qu'ils étaient inclus dans le "lieu de réception/livraison". Il a également été indiqué que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 2 était peut-être inutile, compte tenu de l'alinéa b) du même paragraphe, et qu'il devrait être supprimé. Selon un avis, on pourrait ajouter le lieu/port de transbordement pour étendre le champ d'application de l'instrument. Une réserve a été exprimée concernant l'article 2-1-d) à la lumière de la disposition qui permettait aux parties contractantes de désigner les règles de procédure.

17. Il a été estimé dans de nombreuses réponses que le paragraphe 2 était superflu, mais cet avis n'a pas été étayé. À l'appui de son maintien, on a fait référence à l'article X-c) des Règles de La Haye-Visby qui vise à faire en sorte que l'État contractant applique ces règles, en tant que droit écrit applicable à tous les États contractants, quelle que soit la loi applicable. Il était nécessaire aussi de conserver le paragraphe 2 pour montrer qu'il n'y avait pas d'intention de modifier quoi que ce soit par rapport aux Règles de La Haye-Visby. D'après ces commentaires, selon lesquels une disposition correspondante demeurait pertinente, le paragraphe 2 devrait être conservé dans l'instrument.

18. **Article 3**

1. Le présent instrument ne s'applique pas:

a) sous réserve de l'article 5, aux chartes-parties, qu'elles portent ou non sur des services réguliers;

b) sous réserve de l'article 4, aux contrats de tonnage, contrats d'affrètement et contrats similaires prévoyant le transport de marchandises par expéditions successives, qu'ils portent ou non sur des services réguliers; et

c) sous réserve du paragraphe 2, aux autres contrats portant sur des services non réguliers.

2. Le présent instrument s'applique aux contrats de transport portant sur des services non réguliers en vertu desquels le transporteur émet un document de transport ou un enregistrement électronique qui:

a) atteste la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante; et

b) atteste ou contient le contrat de transport, sauf dans la relation entre les parties à une charte-partie ou à une convention similaire.

19. L'approche contractuelle et l'approche commerciale ainsi du reste que l'approche documentaire (chartes-parties) du paragraphe 1 ont été clairement appuyées dans les commentaires reçus, encore qu'il y ait eu quelques réserves et des avis divergents sur certains points de détail. Dans deux réponses, on s'est opposé au système de l'article 3, estimant qu'une approche contractuelle suffirait à traiter ces questions.

20. S'agissant des réserves d'ordre rédactionnel, un exemple de formulation possible du paragraphe 1-a) serait: "les chartes-parties, même si elles portent sur des services réguliers" (voir *partie IV*, article 3-1-a)). On a également estimé qu'une simple référence aux chartes-parties suffisait. Aucune délégation n'a exigé qu'on définisse les chartes-parties. Cependant, dans une réponse, il a été dit que les contrats de transport englobaient les affrètements au voyage et qu'ils devraient donc faire l'objet d'une mention et d'une exclusion expresses.

21. Le libellé actuel de l'article 3-1-b) a bénéficié d'un certain appui dans les commentaires. Mais dans quelques réponses, on a considéré que la définition des "contrats de tonnage" posait un problème de terminologie. Le terme "contrats d'affrètement" a été interprété, dans une réponse, comme étant synonyme de "contrats de tonnage". Il a aussi été interprété comme désignant des connaissements et/ou des chartes-parties. On a indiqué qu'il faudrait définir les "contrats de tonnage" si les accords de services réguliers de transport maritime étaient inclus, comme ils devraient l'être, dans les dispositions générales relatives au champ d'application. Selon une réponse, le membre de phrase "qu'ils portent ou non sur des services réguliers", à l'article 3-1-b), était superflu.

22. Il a été estimé dans une réponse que la formulation négative de la référence aux services non réguliers au paragraphe 1-c) posait un problème et qu'il faudrait trouver une définition positive (voir article premier).

23. Une réponse a mis l'accent sur le fait qu'une forme particulière de transport risquait de poser des problèmes pour ce qui est de l'application ou non de l'instrument, à savoir les expéditions uniques, portant souvent sur des articles volumineux ou spécialisés, tels que des transformateurs, des chaudières ou des bateaux de plaisance de grande dimension. Il a été admis, cependant, que ces formes de transport pouvaient relever de l'article 89.

24. Dans la *partie IV* il est tenu compte, dans toute la mesure jugée raisonnablement possible, des préoccupations relatives à la formulation des alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article 3.

25. Dans nombre des réponses, on a considéré que le paragraphe 2 de l'article 3 était acceptable, du fait qu'il comblait les lacunes pouvant découler des exclusions énoncées au paragraphe 1. En d'autres termes, on admet que le paragraphe 2 vise les cas qu'il est nécessaire d'inclure dans le champ d'application de l'instrument. Il a toutefois été dit que les articles 3, 4, et 5 étaient trop complexes et entraînaient une certaine confusion. Par exemple, les choses ne paraissaient pas claires lorsqu'on rapprochait l'article 3-1-b) et l'article 4. Il a été dit aussi que l'inclusion recherchée, à l'article 3-2, de certaines opérations de transport courantes, n'était pas claire non plus, en particulier en dehors des États-Unis. C'est pourquoi on a proposé une

variante (voir *partie IV*, variante 2 des articles 3, 4 et 5, à la fin). D'un autre côté, une source non américaine a indiqué que le simple transport de voiture, par exemple, relèverait de l'article 3-2. Il a été dit par ailleurs dans une réponse que l'article 3-2 n'avait pas de signification indépendante. On a affirmé qu'il serait superflu si l'on admettait l'approche contractuelle, et non une combinaison des approches contractuelle, commerciale (et documentaire).

26. **Article 4**

Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, le présent instrument s'applique à chaque expédition conformément aux règles prévues aux articles 2, 3-1 a), 3-1 c) et 3-2.

27. Les différentes expéditions effectuées en vertu d'un contrat-cadre relèvent ou non de l'instrument conformément à ce qui est énoncé dans l'article 4. Cette disposition a été généralement admise dans les commentaires même s'il a été proposé de préciser le libellé, par exemple "L'application de l'instrument à chaque expédition est régie par les dispositions des articles 2, 3-1-a)", etc.

28. Il convient toutefois d'ajouter que si les contrats de tonnage sont définis et que les accords de services réguliers de transport maritime en font partie, il faudra reformuler l'article 4.

29. **Article 5**

Si un document de transport ou un enregistrement électronique est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 3-1 c), ce document de transport ou cet enregistrement électronique doit être conforme aux dispositions du présent instrument et les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ce document ou cet enregistrement électronique à compter du moment où il régit la relation entre le transporteur et la personne ayant des droits en vertu du contrat de transport, à condition que cette personne ne soit pas un affréteur ou une partie au contrat en vertu de l'article 3-1 c).

30. Il y a consensus dans les commentaires sur le principe de la protection des tiers (à l'exception des affréteurs ou d'une partie au contrat en vertu de l'article 3-1-c)) par les dispositions impératives de l'instrument, même lorsque ce dernier n'est pas applicable en raison des dispositions d'exclusion relatives au contrat initial et aux parties contractantes initiales.

31. Les avis demeurent partagés sur les modalités de la réglementation de cette protection. Le libellé retenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 a été accepté dans la plupart des réponses, mais jugé insatisfaisant dans d'autres. Par exemple, on a estimé que la référence au facteur temps ("à compter du moment où..." etc.) ne convenait pas pour un document non négociable. On a aussi considéré que des formulations telles que "personnes ayant des droits..." et "partie à un contrat..." étaient trop vagues. Il a par ailleurs été proposé de supprimer la mention du facteur temps, jugée superflue, sans laquelle la formulation deviendrait acceptable. Selon un avis, le membre de phrase "ce document de transport ou cet enregistrement électronique doit être conforme aux dispositions du présent instrument" était superflu. En outre, les tiers devraient se limiter aux expéditeurs, destinataires, parties contrôlantes, porteurs et personnes mentionnées dans le projet d'article 31.

32. Les points de vue exposés ci-dessus ont été examinés plus avant dans la *partie IV*, article 5 (la variante documentaire).

33. À la quatorzième session du Groupe de travail, tenue à Vienne en 2004, la possibilité selon laquelle les tiers seraient impérativement protégés sans qu'un document de transport ou un enregistrement électronique soit exigé, a été discutée, mais cette option n'a pas recueilli un clair soutien majoritaire. En conséquence, l'article 5 a été inclus dans la proposition reproduite dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44. Selon une autre variante, exposée dans une réponse, la protection des tiers devrait être liée à la spécification desdits tiers et non à l'exigence d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique. Cette variante sans document de transport ni enregistrement électronique demeurera valable (voir *partie IV*, article 5, la variante non documentaire).

PARTIE II. LA QUESTION DES ACCORDS DE SERVICES RÉGULIERS DE TRANSPORT MARITIME

34. Le texte de la disposition concernant les accords de services réguliers de transport maritime figure dans la proposition des États-Unis dans le document A/CN.9/WG.III/WP.42.

35. La plupart des réponses reçues appuient prudemment l'inclusion dans l'instrument d'un type de disposition sur les accords de services réguliers de transport maritime. Il est toutefois souligné que les dispositions de l'instrument devraient empêcher tout usage abusif consistant à conclure un contrat de ce type aboutissant à ce que l'instrument ne soit pas impératif entre les parties contractantes immédiates. Il est indiqué dans une réponse qu'une partie substantielle d'un secteur particulier pourrait reposer sur des accords de service. Une approche non impérative ne poserait pas de problème entre parties ayant un pouvoir de négociation égal, mais il en irait autrement pour les petits chargeurs. Selon cette opinion, si l'on acceptait une approche comme celle qui est proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.34, les petits chargeurs ne seraient pas protégés de façon adéquate. En général, les dispositions relatives au champ d'application sont étroitement liées aux dispositions de fond.

36. La plupart des réponses reçues sont favorables à une disposition distincte pour les accords de services réguliers de transport maritime, mais selon certains avis, ces accords sont en réalité des contrats de tonnage, et ils devraient donc être régis par les dispositions générales relatives au champ d'application. Cette dernière approche entraînera des modifications du texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44. Des propositions à cet effet sont examinées dans la *partie IV* ci-dessous.

37. La définition des accords de services réguliers de transport maritime qui est donnée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.42 est acceptée dans l'ensemble, mais d'aucuns considèrent que certains de ses aspects ne sont toujours pas suffisamment clairs (on a cité la phrase "qu'ils ne sont pas déjà tenus impérativement d'assurer en vertu du présent instrument").

38. Des réserves ont été formulées dans les commentaires reçus au sujet du consentement de tiers. Il a été dit également qu'une définition des accords de services réguliers de transport maritime était simplement inacceptable, et que les

questions devraient être abordées sur la base d'un contrat de tonnage. De plus, lorsque l'idée d'une disposition distincte aura été abandonnée et que les accords de services réguliers de transport maritime feront partie des dispositions relatives aux contrats de tonnage modifiées, la question d'une définition précise ne présentera probablement plus d'intérêt.

39. Il est admis dans les commentaires reçus qu'une disposition distincte pour les accords de services réguliers de transport maritime l'emporterait sur les dispositions plus générales traitant des contrats de tonnage. Mais il est souligné que si un tel conflit survenait, ce serait le signe d'une mauvaise rédaction.

40. Il faudrait coordonner la situation des tiers de manière que l'article 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.44 et la disposition spécifique sur les accords de services réguliers de transport maritime concernant la situation des tiers soient identiques (sauf lorsqu'il y a consentement des tiers, comme il est indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.42).

PARTIE III. ARTICLES 88 ET 89 (SELON LA NUMÉROTATION DU DOCUMENT A/CN.9/WG.III/WP.32)

41. Les points de vue diffèrent dans les commentaires reçus à propos du placement technique des articles 88 et 89. Certaines réponses appuient l'idée de les transférer dans les dispositions relatives au champ d'application, d'autres considèrent qu'ils sont à l'endroit qui convient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, d'autres encore estiment que cette question est sans grande importance.

42. Le caractère unilatéralement impératif de l'article 88 a le soutien de la majorité des commentaires reçus, mais certaines réponses sont en faveur d'un caractère bilatéralement impératif.

43. Selon une réponse, il faudrait veiller dans une approche unilatérale à ce qu'une augmentation convenue de la responsabilité d'une partie n'entraîne pas de diminution du niveau impératif de responsabilité de l'autre partie. Selon un avis, le libellé de l'article 88 n'est pas satisfaisant (voir une autre proposition dans la *partie IV* (article 88, variante 2)).

44. L'argument à l'appui d'une approche bilatéralement impérative est que la situation du marché a radicalement changé depuis les Règles de La Haye et de La Haye-Visby. On prétend que les chargeurs ont aujourd'hui un pouvoir commercial leur permettant d'influer autant, sinon plus, que les transporteurs, sur les arrangements de transport.

45. Les deux points de vue divergents ont été maintenus dans la *partie IV* comme dans l'article 88 du document A/CN.9/WG.III/WP.32 sous forme de crochets.

46. Beaucoup de réponses n'abordent pas du tout la question de savoir de quelle partie la responsabilité peut être augmentée, mais il est suggéré que ce ne soit pas celle d'une partie exécutante, comme cela est dit au paragraphe 2 (A/CN.9/WG.III/WP.32). Il est précisé en outre que l'article 88 ne devrait pas s'appliquer aux parties exécutantes non maritimes (voir *partie IV*, article 88). L'avis est exprimé aussi qu'il faudrait traiter de la modification de l'obligation du transporteur, et non seulement de sa responsabilité. Il est dit que le paragraphe 1 de l'article 88 ne devrait pas faire référence au chargeur, à la partie contrôlante ou au

destinataire. Pour ces personnes, le caractère impératif devait être précisé article par article. Selon un avis, le paragraphe 2 de l'article 88 est inutile.

47. Les commentaires reçus estiment acceptable dans l'ensemble l'article 89 qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, mais certains changements ont été suggérés. Il est dit dans une réponse que le texte actuel est simplement déraisonnable, que pour les animaux vivants l'article 5.5 des Règles de Hambourg est plus acceptable et que la disposition concernant les marchandises spéciales devrait à la fois être précisée et transférée sous le "champ d'application". L'exception à l'exonération de responsabilité lorsque la perte ou le dommage était dû à des actes téméraires devrait être transférée dans le chapeau de manière à s'appliquer à la fois aux animaux vivants et aux marchandises spéciales. La préférence a été exprimée dans une réponse pour les exclusions plus larges permises en vertu des Règles de La Haye-Visby.

PARTIE IV. PROPOSITION DE TEXTE COMME BASE DES DISCUSSIONS FUTURES

48. Il n'y a pas de consensus dans les réponses reçues sur un certain nombre de questions concernant le champ d'application et la liberté contractuelle. Les différences, sur de nombreux points, portent toutefois davantage sur la forme que sur le fond. Pour faire avancer les choses, une proposition est faite ci-dessous. Elle vise à fournir une base de discussion lors de la quinzième session du Groupe de travail.

49. Dans la mesure où la proposition ci-dessous diffère des projets d'articles relatifs au champ d'application figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44, le texte nouveau est signalé *en italique*. Différentes variantes sont proposées sur la base des discussions et des réponses qui ont été reçues et qui contenaient des propositions constructives. Les commentaires formulés dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44 ne sont pas répétés.

50. **Article premier**

a) Le terme "contrat de transport" désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre [*la promesse de*] paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu à un autre. Cet engagement [*ce contrat*] doit prévoir le transport [*international*] par mer et peut prévoir le transport par d'autres modes avant ou après le transport par mer. [Un contrat qui prévoit une possibilité de transporter les marchandises par mer est considéré comme un contrat de transport, à condition que les marchandises soient effectivement transportées par mer.]

x) Le terme "contrat de tonnage" désigne un contrat qui prévoit le transport d'une quantité [minimum] spécifiée de marchandises [par mer] en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue.

51. Commentaire: Certaines variantes ont été incluses à l'article 1-a), en partie sur la base des réponses reçues. Afin d'éviter une confusion à l'article 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.44 en ce qui concerne les références à différents types de contrats et pour incorporer les contrats de services (accords de services réguliers de

transport maritime) dans les dispositions générales relatives au champ d'application, il a été estimé nécessaire d'ajouter une définition de "contrat de tonnage" à l'article premier. Cette définition précisera l'article 3.

52. **Variante 1 – A/CN.9/WG.III/WP.44:**

xx) Le terme "service régulier" désigne un service de transport maritime:

i) offert au public par voie de publicité ou autrement; et

ii) assuré sur une base régulière entre des ports spécifiés conformément à des horaires ou des dates de départ annoncés.

[xxx) Le terme "service non régulier" désigne tout service de transport maritime qui n'est pas un service régulier.]

Variante 2:

xx) Le terme "service régulier" désigne un service de transport soumis au présent instrument:

i) Offert au public par voie de publicité ou par des moyens similaires; et

ii) comprenant un transport assuré par des navires opérant sur une base régulière entre des ports spécifiés conformément à des horaires ou des dates de départ publiés.

xxx) Le terme "service non régulier" désigne tout service de transport qui n'est pas un service régulier.

Variante 3:

xx) Le terme "service régulier" désigne un service de transport soumis au présent instrument:

i) offert au public et annoncé au public par voie de publicité; et

ii) fonctionnant sur une base régulière entre des ports spécifiés conformément à des horaires ou des dates de départ publiés.

53. Commentaire: L'approche commerciale a contraint à examiner des définitions de "service régulier" ("trafic des lignes régulières", "transport régulier"). Les variantes 2 et 3 reprennent des propositions rédactionnelles figurant dans les réponses ou exprimées autrement. Il se peut que la définition d'un service non régulier ne soit pas nécessaire. Sa suppression pourrait entraîner des modifications au moins dans la formulation de l'article 3.

54. **Article 2**

1. Sous réserve des articles 3 à 5, le présent instrument s'applique [aux] [*à tous les*] contrats de transport dans lesquels le lieu de réception [contractuel] et le lieu de livraison [contractuel] sont situés dans des États différents, et le port de chargement [contractuel] et le port de déchargement [contractuel] sont situés dans des États différents, lorsque:

a) le lieu de réception [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

b) le lieu de livraison [contractuel] [ou le port de déchargement [contractuel]] est situé dans un État contractant, ou

c) [le lieu de livraison effectif est l'un des lieux de livraison optionnels [prévus par le contrat] et est situé dans un État contractant, ou]

d) le contrat de transport prévoit que le présent instrument, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat. [Les références aux lieux et ports [contractuels] désignent les lieux et ports prévus par le contrat de transport ou dans les données du contrat.] [*Les références aux lieux et ports contractuels désignent les lieux et ports prévus par le contrat de transport ou dans les données du contrat ou convenus d'une autre manière entre les parties au contrat*].

2. Le présent instrument s'applique quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.

55. Commentaire: L'ajout du mot "tous" fait suite à une proposition et il s'agit de voir si son insertion est appuyée. La variante (en italique) à la fin du paragraphe 1 est fondée sur une des réponses reçues et vise à couvrir tout changement ultérieur par les parties des lieux ou ports convenus initialement. Les crochets ont été supprimés du paragraphe 2, et le texte doit donc être inclus dans l'instrument.

56. **Variante 1 des articles 3, 4 et 5:**

Article 3

1. Le présent instrument ne s'applique pas:

a) sous réserve de l'article 5, aux chartes-parties, [*même si elles portent sur des services réguliers*] [*ni aux conventions entre propriétaires ou exploitants de navires concernant l'utilisation de la totalité ou d'une partie du navire*];

b) sous réserve des articles 4 et 5, aux contrats de tonnage; ou

c) sous réserve du paragraphe 2, aux autres contrats [portant sur des services non réguliers] [*lorsqu'ils ne visent pas des services réguliers*].

2. [*Nonobstant le paragraphe 1-c)*,] [L]e présent instrument s'applique aux contrats de transport [portant sur des services non réguliers] [*lorsqu'ils ne visent pas des services réguliers*] en vertu desquels le transporteur émet un document de transport ou un enregistrement électronique qui:

a) atteste la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante; et

b) atteste ou contient le contrat de transport, sauf dans la relation entre les parties à une charte-partie ou à une convention similaire.

57. Pour la variante 2 des articles 3, 4 et 5, voir après l'article 89, au paragraphe 85 ci-dessous.

58. Commentaire: La structure du document A/CN.9/WG.III/WP.44 a été conservée, mais en vue d'inclure les contrats de service dans les dispositions générales du champ d'application et en vue de supprimer des notions peu claires, telles que "contrats d'affrètement" et "contrats similaires", un effort supplémentaire de clarification a été fait. Il y a une référence, dans l'article 3-1 a), aux chartes-parties, avec une nouvelle formulation concernant les spécifications. Le texte entre crochets a été proposé comme ajout, mais les références aux propriétaires et aux exploitants risquent d'être une source de confusion, car ces notions ne sont pas nécessairement comprises de la même façon dans tous les pays.

59. "Contrat de tonnage" étant défini à l'article premier, il est inutile d'avoir d'autres références à l'article 3-1 b).

60. Si la définition de "service non régulier" était supprimée, car considérée comme inutile, il faudrait modifier en conséquence le texte des articles 3-1 c) et 3-2.

61. L'article 3-2 est important dans la relation entre le chargeur et le transporteur, car il y a de toute manière protection impérative des tiers en vertu de l'article 5. Pour répondre à des craintes concernant la relation entre les paragraphes 1 et 2, un effort de clarification a été fait et le paragraphe 2 crée une exception au paragraphe 1 c). À l'article 3-2, la référence à la fin figure entre crochets dans le document A/CN.9/WG.III/WP.44, mais les crochets pourraient être supprimés et le texte conservé. Il indiquerait clairement que le paragraphe 2 ne réintroduit pas l'application de l'instrument dans les cas où son application a été exclue au départ entre les parties contractantes initiales. Il faudrait préciser le terme "convention similaire".

62. **Variante A:**

Article 4 (visant à inclure les contrats de tonnage/de services dans le champ d'application de l'instrument)

1. Sous réserve de l'article 88a, le présent instrument s'applique à chaque expédition effectuée en vertu d'un contrat de tonnage conformément aux règles prévues aux articles 2, 3-1 a), 3-1 c), 3-2 et 5.

2. Sous réserve de l'article 88a et nonobstant l'article 3-1 b), le présent instrument s'applique à un contrat de tonnage dans la mesure où il s'applique aux différentes expéditions effectuées en vertu de ce contrat.

Variante B:

Article 4 (visant à inclure les contrats de tonnage/de services dans le champ d'application de l'instrument) [Sous réserve de l'article 88a,] [L]e présent instrument s'applique aux contrats de tonnage portant sur des services réguliers dans la mesure où les différentes expéditions effectuées en vertu de ces contrats sont soumises au présent instrument conformément à l'article 2.

Variante C:

Article 4 (visant à inclure les contrats de tonnage/de services dans le champ d'application de l'instrument) [1.] [Sous réserve de l'article 88a,] [L]orsqu'un contrat de tonnage prévoit différentes expéditions par services réguliers [seulement], le présent instrument s'applique à ce

contrat et à chaque expédition effectuée par services réguliers en vertu dudit contrat [conformément à l'article 2].

[2. Lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives, et à condition qu'aucune expédition ne tombe sous le coup du paragraphe 1, le présent instrument s'applique à chaque expédition conformément aux règles prévues aux articles 2, 3-1 a), 3-1 c) et 3-2.]

Commentaire sur les variantes A, B et C

Généralités

63. Lors de discussions précédentes, formelles ou informelles, et des réflexions sur la question du statut des contrats de services en général, il est devenu évident que la coordination d'une disposition séparée sur les accords de services réguliers de transport maritime avec le reste des dispositions relatives au champ d'application et la définition de tels accords posaient problème. Malgré une certaine sympathie pour une disposition séparée, il semble maintenant préférable d'accepter le fait qu'un accord de service régulier de transport maritime n'est rien d'autre qu'un type de contrat de tonnage qui devrait être régi par les dispositions générales relatives au champ d'application. Les contrats de tonnage sont définis à l'article premier. Ils sont exclus du champ d'application de l'instrument en vertu de l'article 3-1 b) en ce qui concerne le contrat-cadre, mais sous réserve de l'article 4.

Variante A

64. Au lieu de préciser le statut d'un contrat-cadre portant sur des services réguliers, l'article 4-1 commence par indiquer quand différentes expéditions relèvent de l'instrument ou non. Il faudrait que les références fassent apparaître clairement que la situation des différentes expéditions varie selon qu'elles sont effectuées par services réguliers, par affrètement, etc. Selon le paragraphe 2, le statut du contrat-cadre dépend de la situation des différentes expéditions. Ainsi, si ces dernières relèvent de l'instrument, le contrat-cadre aussi.

Variante B

65. La variante B a été proposée lors des discussions préparatoires à la session de New York dans le souci de simplifier le texte tout en conservant la même idée structurelle que dans les variantes A et C.

Variante C

66. L'article 4-1 constitue la première partie de la disposition relative aux contrats de tonnage. Du fait que la règle générale figure à l'article 3-1, mais sous réserve de l'article 4, il est possible de spécifier à l'article 4-1 la situation des contrats de tonnage portant sur des services réguliers. Il serait peut-être nécessaire d'apporter des éclaircissements concernant l'application en faisant référence à l'article 2, de la même manière que dans la variante B. La référence aux services réguliers, s'agissant des contrats-cadres de tonnage, est cruciale dans la variante C, tandis que, dans la variante A, c'est la situation des différentes expéditions qui décide de la situation du contrat-cadre de tonnage.

67. Il convient de noter que l'article 4-2 de la variante C, qui figurait déjà dans la précédente version du projet d'instrument contenue dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, s'inspire de l'article 2-4 des Règles de Hambourg, à ceci près que ces dernières mentionnent également "un temps convenu", indication qui n'apparaît pas dans le projet d'instrument.

68. À l'article 4-1, le mot "seulement" indique qu'il pourrait être nécessaire d'exclure du champ d'application de l'instrument les contrats-cadres de tonnage mixtes en vertu desquels différentes expéditions pourraient être effectuées par services réguliers, affrètement ou autre. Ce problème ne se pose peut-être qu'en théorie. Si un tel contrat-cadre mixte ne crée pas de difficultés, Il se pourrait que l'article 4-2 de la variante C soit superflu.

Le champ d'application non impératif de l'article 4

69. L'article 88a déroge, étant donné l'article 4, au caractère impératif de l'instrument apparaissant à l'article 88 puisqu'il rend l'instrument non impératif pour différentes expéditions qui rentrent dans le champ d'application de ce dernier et qui sont effectuées en vertu d'un contrat de tonnage, pourvu que les conditions énoncées à l'article 88a soient satisfaites. L'instrument ne s'applique pas non plus impérativement au contrat-cadre de tonnage.

70. Certaines dispositions de l'instrument revêtent une importance si fondamentale qu'il ne peut y être dérogé, même lorsque l'article 88a est applicable. Il serait ainsi possible de rendre impératives l'obligation de navigabilité du transporteur et nombre des obligations du chargeur, même lorsque l'article 88a est applicable par ailleurs. Ces dispositions absolument impératives doivent encore être examinées de manière plus approfondie.

71. **Article 5/variante documentaire**

Si un document de transport ou un enregistrement électronique est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 3-1 c), [ce document de transport ou cet enregistrement électronique doit être conforme aux dispositions du présent instrument et] les dispositions du présent instrument s'appliquent au contrat attesté par ce document ou cet enregistrement électronique [à compter du moment où il régit] [*dans*] la relation entre le transporteur et [la personne ayant des droits en vertu du contrat de transport] [*l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante, le porteur ou la personne visée à l'article 31*], à condition que cette personne ne soit pas [un] [*l'*]affréteur ou [une] [*la*] partie au contrat en vertu de l'article 3-1 c).

72. Commentaire: Les crochets sont destinés à mettre en valeur les principaux points mentionnés dans les réponses, à savoir le facteur temps et les personnes devant être protégées, ainsi que l'ajout de précisions.

73. **Article 5/variante non documentaire**

Nonobstant l'article 3-1, les dispositions du présent instrument s'appliquent entre le transporteur et l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante, le porteur, la personne visée à l'article 31 ou la partie à aviser, à condition que ces dernières personnes ne soient pas le chargeur

ou n'aient pas par ailleurs accepté les termes d'un contrat visé à l'article 3-1.

74. Commentaire: Cette variante est celle qui a été débattue à la quatorzième session du Groupe de travail, à Vienne, et à laquelle il est fait référence dans l'une des réponses au questionnaire informel du 24 janvier 2005.

75. **Variante 1 (article 88)**

Article 88

1. Sauf disposition contraire du présent instrument, toute stipulation contractuelle qui déroge aux dispositions du présent instrument est nulle dans la mesure où elle a pour objet ou pour effet, directement ou indirectement, d'exclure, [ou] de limiter [ou d'alourdir] la responsabilité pour violation de toute obligation du transporteur, d'une partie exécutante [*maritime*] [, du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire en vertu des dispositions du présent instrument].

[2. Nonobstant le paragraphe 1, le transporteur ou une partie exécutante [*maritime*] peut assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes que celles qui sont prévues dans le présent instrument.]

3. Une stipulation cédant au transporteur le bénéfice de l'assurance des marchandises est nulle.

76. Commentaire: Les réponses reçues penchent majoritairement, mais non unanimement, en faveur d'un système unilatéralement impératif, ce qui signifie qu'il serait contractuellement acceptable d'alourdir la responsabilité de l'une quelconque des personnes visées à l'article 88-1. Le système bilatéralement impératif bénéficie d'un certain appui. Les mentions des personnes devant être visées par l'article 88 ont été placées entre crochets. Il a également été proposé de donner des éclaircissements sur la partie exécutante maritime.

77. **Variante 2 (article 88)**

Article 88

Sauf disposition contraire du présent instrument, une disposition d'un contrat de transport est nulle si:

a) elle réduit ou supprime directement ou indirectement les obligations ou responsabilités qui incombent au transporteur ou à la partie exécutante maritime en vertu du présent instrument;

b) elle alourdit directement ou indirectement les obligations ou responsabilités qui incombent aux titulaires d'un droit sur les marchandises en vertu du présent instrument; ou

c) elle cède au transporteur ou à une partie exécutante le bénéfice de l'assurance des marchandises. Les titulaires d'un droit sur les marchandises mentionnés au paragraphe précédent sont le chargeur, l'expéditeur, la partie contrôlante, le porteur d'un document de transport et le destinataire.

78. Commentaire: La variante 2 reprend une proposition formulée dans l'une des réponses.

79. **Article 88a**

1. Nonobstant l'article 88, un contrat de tonnage qui est soumis au présent instrument en vertu de l'article 4-[1][2] peut prévoir des devoirs, droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans le présent instrument à condition que:

a) le contrat soit [mutuellement négocié et] accepté par écrit ou électroniquement;

b) le contrat oblige le transporteur à assurer un service de transport spécifié;

c) figure dans le contrat de tonnage une disposition qui ne puisse être incorporée par référence d'un autre document, prévoyant des devoirs, droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants; et

d) le contrat ne soit pas [un barème public de prix et de services d'un transporteur,] un connaissement, un document de transport, un enregistrement électronique, un récépissé de marchandises ou un document similaire, mais qu'il puisse incorporer ces documents par référence. Ce droit de dérogation vise les différentes expéditions effectuées en vertu d'un contrat de tonnage et le contrat de tonnage dans la mesure où ils sont soumis au présent instrument en vertu de l'article 4.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux devoirs, droits, obligations et responsabilités énoncés aux articles [13, 25, 26, 27, ...].

3. Le paragraphe 1 s'applique entre le transporteur et le chargeur, et il vise tout tiers qui a expressément consenti à être lié par le contrat de tonnage en vertu de l'article 4-[1][2] ou par un contrat (ou une disposition d'un contrat) prévoyant une expédition en vertu de l'article 4-[1][2].

80. L'article 88a est la disposition de dérogation. Il s'applique au contrat-cadre de tonnage et aux différentes expéditions effectuées en vertu de ce contrat, comme indiqué à l'article 4. Son paragraphe 1 porte sur les conditions à remplir pour que la dérogation soit acceptable. Par ailleurs, des dispositions prévoient qu'il ne peut être dérogé à certaines obligations et responsabilités visées par l'instrument. Des questions de fond demeurent concernant les alinéas a) et d) de ce paragraphe, comme le montrent les crochets.

81. Il faut spécifier à l'article 88a-2 les dispositions absolument impératives.

82. La situation des tiers relèverait de l'article 5, sauf s'il y a consentement des tiers conformément à l'article 88a-3.

83. **Article 89**

Nonobstant les chapitres 4 et 5 du présent instrument, le transporteur et une partie exécutante peuvent, dans le contrat de transport:

a) exclure ou limiter leur responsabilité si les marchandises sont des animaux vivants sauf lorsqu'il est prouvé que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un acte ou d'une omission que le transporteur [ou ses préposés ou mandataires] a commis témérairement et en sachant que cette perte, ce dommage ou ce retard en résulterait probablement; ou

b) exclure ou limiter leur responsabilité pour une perte ou un dommage subi par les marchandises si le caractère ou la condition des marchandises ou les circonstances et les termes et conditions auxquels le transport doit se faire sont de nature à justifier une convention spéciale, pourvu que des expéditions commerciales ordinaires faites au cours d'opérations commerciales ordinaires ne soient pas concernées et qu'aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable ne soit ou ne doive être émis pour le transport des marchandises.

84. Commentaire: Certaines des réponses reçues proposaient des modifications. Selon l'une d'elle, la référence à la témérité ne devrait concerner que le transporteur, et non ses préposés ou mandataires. Il a également été proposé de déplacer cette référence dans le chapeau de l'article 89, de manière à ce qu'elle s'applique à la fois à l'alinéa a) et à l'alinéa b).

85. **Variante 2 des articles 3, 4 et 5:**

Article 3

Sous réserve des articles 4 et 5, le présent instrument ne s'applique pas de manière à régir les relations entre les parties à l'un des types de contrat suivants, qu'il se rapporte à des services réguliers ou non:

a) chartes-parties;

b) contrats portant sur l'utilisation ou l'emploi d'un ou de plusieurs navires ou d'un espace sur un ou plusieurs navires;

c) contrats prévoyant le transport de marchandises par expéditions successives.

86. Commentaire: La variante 2 de l'article 3, qui a été proposée dans l'une des réponses au questionnaire, vise à simplifier et clarifier le texte de l'article. Elle évite les termes "contrat de tonnage" et "contrat d'affrètement". Les contrats de tonnage en tant que tels seraient exclus en vertu de l'alinéa c), les affrètements de créneaux en vertu de l'alinéa a) ou b), et les contrats de remorquage et de transport de colis lourds en vertu de l'alinéa b). L'accord de services réguliers de transport maritime contenu dans les contrats de tonnage serait réintroduit dans le champ d'application de l'instrument par une référence séparée.

87. **Article 4**

Si le transporteur émet un document de transport ou un enregistrement électronique en vertu de l'un des types de contrat mentionnés à l'article 3 ou en relation avec lui et si ce document de transport ou cet enregistrement électronique:

a) accuse réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante; et

b) atteste ou contient les clauses du contrat de transport;

ce document de transport ou cet enregistrement électronique est soumis aux termes du présent instrument et les dispositions de ce dernier s'appliquent au contrat si ce n'est que, pour les relations entre les parties à l'un des types de contrat mentionnés à l'article 3, l'instrument

s'applique uniquement lorsqu'il concorde avec les clauses convenues dans ce contrat et, en cas de non-concordance, ce sont les clauses convenues dans tout contrat des types mentionnés à l'article 3 qui prévalent.

Article 5

Si le transporteur émet un document de transport ou un enregistrement électronique en vertu de l'un des types de contrat mentionnés à l'article 3 ou en relation avec lui et si ce document de transport ou cet enregistrement électronique remplit les conditions énoncées aux alinéas a) et b) de l'article 4, alors ce document de transport ou cet enregistrement électronique est soumis aux termes du présent instrument et les dispositions de ce dernier s'appliquent au contrat contenu dans le document de transport ou l'enregistrement électronique ou attesté par lui; (nonobstant les clauses de tout contrat des types mentionnés à l'article 3) à partir du moment où il régit la relation entre le transporteur et toute personne qui n'est pas partie à un tel contrat.

88. Commentaire sur les articles 4 et 5 dans la variante 2: Dans la réponse au questionnaire, les articles 4 et 5, dans la variante 2, visent à faire une distinction entre la situation où le document de transport reste entre les mains des parties à un contrat exclu du champ d'application de l'instrument en vertu de l'article 3 (variante 2), auquel cas ce sont les clauses du contrat exclu qui prévalent, et la situation où des tiers sont impliqués, auquel cas les dispositions de l'instrument sont impératives. Dans la variante 2, les articles prévoient aussi que le document de transport ou l'enregistrement électronique doit, à partir du moment où il est émis, être conforme aux dispositions de l'instrument, par exemple pour ce qui est de prendre acte des caractéristiques des marchandises.

E. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: transfert de droits: informations présentées par la délégation suisse, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.52) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Lors de la quinzième session du Groupe de travail III (Droit des transports), qui s'est tenue à New York du 18 au 28 avril 2005, le Groupe de travail a examiné d'une manière générale la question du transfert des droits conformément au projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. La délégation suisse a présenté le document joint en annexe I à la présente note afin de faciliter l'examen de la question du transfert des droits en regroupant les avis exprimés par différentes délégations lors des consultations informelles dans un seul document soumis pour discussion au Groupe de travail. L'annexe rend compte des commentaires qui ont été faits par les délégations suivantes: Espagne, États-Unis d'Amérique, Italie, Japon, Norvège, Pays-Bas, République de Corée, Chambre internationale de la marine marchande, Conseil maritime baltique et international (BIMCO) et International Group of P & I Clubs (P & I Clubs).

Le document figurant à l'annexe I est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe I

Document relatif au chapitre 12: Transfert de droits

Remarques générales

1. La délégation suisse, à la suite de consultations informelles avec d'autres délégations, a recueilli quelques idées et opinions et formulé quelques principes, qui pourraient servir de base à de nouvelles discussions au sein du Groupe de travail III lors de la session qu'il tiendra à Vienne en novembre-décembre 2005.

2. Le chapitre 12 du projet d'instrument (chap. 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.32) aborde l'essence, sinon le cœur même, du projet. Sa pertinence tient au fait que le nouvel instrument vise, depuis sa conception, à clarifier et harmoniser les questions relatives au transfert de droits et, dans une certaine mesure, au transfert de certaines des obligations du chargeur contractuel à des tiers aux termes du contrat de transport. Le thème central est naturellement le connaissement qui, s'appuyant sur le droit et les usages nationaux, sert depuis des siècles d'outil de transfert des droits sur la cargaison à des tiers participant à la transaction. Il est devenu urgent, en particulier dans le contexte du commerce électronique, de clarifier et d'harmoniser les règles relatives à ces transferts. Ce chapitre devra donc répondre aux attentes élevées du monde commercial qui participe aux échanges et aux transports modernes.

3. Les dispositions traitant du transfert de droits ont été intégrées initialement à l'article 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, et ont été examinées par le Groupe de travail pour la première fois lors de la session qui s'est tenue à New York du 24 mars au 4 avril 2003 (voir le rapport figurant dans le document A/CN.9/526), à la suite de quoi le secrétariat de la CNUDCI a modifié les dispositions figurant dans le document A/CN.9WG.III/WP.21 pour tenir compte de la discussion. C'est donc maintenant le document A/CN.9/WG.III/WP.32 qui sert de base de discussion. Lors de la session qui s'est tenue à New York du 18 au 28 avril 2005, la question du transfert de droits n'a fait l'objet que d'un examen très limité, mais il a été décidé que toutes discussions ultérieures sur ce chapitre prendraient pour point de départ un projet révisé d'article 61 *bis* tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.47 (devenu l'article 63 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56), ou tout nouveau texte établi par le secrétariat de la CNUDCI avant la prochaine session du Groupe de travail.

4. Compte tenu des informations obtenues, les principaux points à débattre lors de la prochaine session pourraient être les questions suivantes:

5. **Article 61: Documents établis simplement pour une partie désignée, sans qu'y figurent les mots "à ordre"**. De tels documents devraient-ils être considérés comme des documents non négociables dans tous les cas, ou devraient-ils conserver certaines des fonctions du connaissement au moins dans la relation entre le chargeur et le consignataire désigné? De l'avis de certaines délégations, il faudrait conserver au moins les caractéristiques principales du connaissement (à part la négociabilité). Pour d'autres, de tels documents devraient relever de la catégorie des lettres de transport maritime visées par l'article 63.

6. **Article 62: Référence générale aux responsabilités ou liste limitative des responsabilités**. Le Groupe de travail devra essayer de trouver une solution et choisir entre une référence générale aux responsabilités et une liste limitative. Une option offre aux tiers porteurs flexibilité, l'autre prévisibilité. Il faut indiquer ici que la majorité des avis recueillis jusqu'à présent étaient en faveur de la disposition générale relative aux responsabilités.

7. **Article 62, paragraphe 3: Cas dans lesquels aucune responsabilité n'est transférée**. Il faudrait examiner plus avant quels droits spécifiques n'entraîneraient aucun transfert de responsabilité au porteur, lorsqu'ils sont exercés par lui.

8. **Article 63 a) et b): Disposition relative à la loi applicable**. Le Groupe de travail devra décider de la formulation exacte de la référence à la loi applicable pour ce qui est du transfert de droits. Les délégations ont décidé à New York en 2005 qu'elles souhaitaient fonder leurs discussions sur la nouvelle proposition telle qu'elle est formulée à l'article 61 *bis* du document A/CN.9/WG.III/WP.47, devenu l'article 63 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

9. **Article 63 c) i) et ii): Notification**. Certaines délégations demandent que soit précisée la notion de "notification", à la fois pour la forme et pour le fond. D'autres se sont même demandé si une exigence de notification était adéquate et compatible avec la nature de l'article 63.

Analyse article par article des différents avis et principes

Article 61

10. Les délégations ayant participé aux consultations informelles appuient dans l'ensemble les paragraphes 1 et 2 de l'article 61 quant à la forme et quant au fond. En conséquence, il existe une liste limitative des documents de transport négociables, et tout document qui ne remplit pas les conditions de forme énoncées à l'article 61 sera donc considéré comme non négociable.

11. Malgré la clarté de cette approche générale, il sera peut-être nécessaire de réexaminer cette liste lorsque sera prise une décision relative au "document de transport nominatif", pour lequel il semble y avoir un certain nombre de points de vue différents concernant les documents établis pour une personne désignée, mais où ne figurent pas les mots "à ordre". Pour les uns, ces documents ne devraient en aucun cas être considérés comme des documents de transport négociables, mais simplement comme des documents de transport non négociables dans le cadre du présent instrument (au même titre que les lettres de transport maritime, etc.) tandis que d'autres préfèrent qu'ils restent "négociables", malgré l'absence des mots "à ordre". Selon quelques tenants d'une position intermédiaire, un document nominatif pourrait perdre son caractère négociable, mais conserver toutes les autres caractéristiques d'un connaissement dans les autres domaines (droit de contrôle, fonctions à la livraison des marchandises, etc.).

12. Ce qui semble ressortir clairement des avis recueillis est que toutes les autres formes de connaissements "hybrides", tels que les connaissements "non à ordre", "non négociables", etc., ne devraient pas être traitées ici, mais relever des dispositions de l'article 63 de l'instrument.

Article 62

13. Les avis recueillis font apparaître une préférence marquée pour une disposition générale et se prononcent contre l'insertion dans l'article 62 d'une liste limitative. Certains ont toutefois proposé que l'article 62 mentionne une liste de responsabilités, mais qui ne serait pas limitative.

14. Si l'on part de l'hypothèse que l'article 62 ne contiendra pas de liste, la question de l'inclusion du fret, du faux fret, des surestaries et des contrestaries devient caduque. Dans l'hypothèse où une liste non limitative serait conservée, le Groupe de travail devrait décider de l'opportunité d'y inclure ou non une référence au fret et aux frais analogues.

15. Dans sa version actuelle, l'instrument n'aborde pas la question de savoir si, dans quelle mesure et à quel moment, le tiers porteur est lié par les termes du contrat de transport. Cette question a une grande importance en pratique, et est en outre étroitement liée aux questions des effets des clauses attributives de compétence et des clauses compromissoires.

16. Cependant, il ressort de la plupart des avis reçus jusqu'à présent que, bien qu'une telle disposition puisse être extrêmement utile en pratique, son incorporation dans l'instrument surchargerait celui-ci. Il a été proposé que cette question soit soumise à des organisations internationales, notamment au Comité maritime international (CMI), afin d'avoir leur avis sur la manière dont de telles questions pourraient faire l'objet d'une harmonisation plus poussée, indépendamment de l'exercice qui consiste actuellement à rédiger l'instrument.

17. Selon que la préférence va à une liste de responsabilités ou à une disposition ouverte relative aux responsabilités, les réponses reçues sont également partagées sur la question de la responsabilité découlant des dommages causés par les marchandises. Les tenants d'une disposition sans liste considèrent qu'il serait utile de clarifier la situation du porteur par rapport aux dommages causés par les marchandises. Naturellement, pour les délégations dont la préférence va à l'inclusion dans l'article 62 d'une liste limitative, une telle clarification deviendrait caduque puisque, cette responsabilité ne figurant pas dans la liste, il serait suffisamment clair dans la disposition que le porteur ne serait pas responsable de tels dommages.

18. Il convient de préciser que cette question ne renvoie pas à d'éventuelles actions en responsabilité non contractuelle relatives à des dommages causés par les marchandises, car de telles actions n'entreraient pas dans le champ d'application de l'instrument. La question qui pourrait en revanche être soulevée est celle de l'étendue des responsabilités contractuelles respectives des chargeurs et du porteur pour les dommages causés au transporteur par les marchandises, soit directement (navire) soit indirectement (recours en cas de réclamation relative à la cargaison d'un tiers (de bonne foi)).

19. La position selon laquelle le transfert de responsabilités n'implique pas que le chargeur contractuel et les porteurs précédents sont dégagés de toute responsabilité semble bénéficier d'un soutien général. À part cette opinion dominante, certaines délégations ont indiqué qu'elles ne souhaiteraient pas que cette question fasse l'objet d'une clarification dans l'instrument, mais qu'elles préféreraient que toutes les questions de ce type restent du ressort du droit national.

20. Le paragraphe 3 de l'article 62 de l'instrument a reçu un soutien général. Toutefois, certains ont indiqué clairement qu'ils préféreraient réfléchir davantage à cette question. Ils estiment en particulier qu'une liste risque de ne pas être suffisamment claire et qu'il faudrait du reste envisager d'autres exemples, pour lesquels il ne serait pas justifié que l'exercice, par le porteur, de ses "droits", déclenche sa responsabilité.

21. De l'avis général, le paragraphe 2 de l'article 62 a besoin d'être examiné plus avant. Incontesté semble être le fait que tout nouvel exercice d'un "droit", qui relèverait de ce paragraphe et ne ferait donc pas naître de responsabilité en vertu de ce dernier, doit être de nature "administrative" et porter seulement sur des questions qui ne sont pas des question de fond. La liste du paragraphe 3 de l'article 62 doit de plus être exhaustive.

Article 63

22. Tous les avis reçus sont en faveur de l'utilisation, pour toutes les discussions à venir sur les questions des articles 61 et 62, du texte révisé sous forme de l'article 61 *bis* du document A/CN.9/WG.III/WP.47, devenu l'article 63 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Ce point de vue a été réaffirmé clairement lors de la dernière session tenue à New York en avril 2005.

23. Selon un avis, il faudrait, à la dernière phrase du paragraphe a) de l'article 63, remplacer les mots "régie par" par les mots "déterminée par" ou "établie conformément à".

24. L'avis général, dans les réponses reçues, est que l'exigence de notification est appropriée et devrait être maintenue, car une telle notification est essentielle (art. 63 c) i) et ii)). Certaines délégations estiment que la forme de cette notification devrait également être régie de façon plus détaillée. Un autre point porte sur la question de savoir si la notification est nécessaire uniquement lorsque la loi applicable le demande, ou si elle devrait être donnée indépendamment de la loi applicable. Les tenants de cette dernière hypothèse soulignent qu'en prévoyant une notification indépendamment de la loi applicable l'instrument fournit une protection minimum au transporteur, qui ne devrait être soumis à aucune autre exigence (moins rigoureuse) prévue par le droit national. Malgré ce point de vue général exprimé dans les différentes réponses reçues, il y a lieu de noter que pour certaines délégations une notification (en tant que question de droit matériel) est en contradiction avec le principe général de l'article 63 qui n'est qu'une disposition concernant le choix de la loi applicable et non une disposition de droit matériel.

25. À propos de la formulation de la disposition relative au choix de la loi applicable, au paragraphe a) de l'article 63, la crainte est exprimée dans les réponses reçues que le texte ne soit pas suffisamment clair, et il faudra donc le préciser.

26. On a même soulevé la question de savoir si une règle concernant le choix de la loi applicable avait même sa place dans l'instrument, car ce dernier n'a pas pour objectif l'unification du choix de la loi et devrait se concentrer sur la seule harmonisation des droits matériels.

27. Il semble ressortir clairement qu'il devrait y avoir une responsabilité solidaire pour l'auteur et le bénéficiaire du transfert (art. 63 c) iii)). Si le transporteur en décide ainsi et convient par conséquent que l'auteur pourrait être dégagé de sa

responsabilité, il faudrait que ce dégagement de responsabilité soit possible et effectif. Il a été mentionné, plus par souci de clarification, qu'un dégagement de responsabilité par le transporteur ne devrait pas affecter la responsabilité du bénéficiaire du transfert ni le droit de recours de ce dernier contre l'auteur du transfert en vertu de l'accord sous-jacent. Une autre précision fait référence au fait que le paragraphe c) iii) de l'article 63 mentionne uniquement les obligations qui sont "liées" au transfert de droits.

28. La plupart des répondants ont estimé que pour la question du transfert des responsabilités à des tiers, tels que les porteurs, la référence à la loi applicable était également appropriée dans les cas où des instruments de transports non négociables étaient émis. Il a toutefois été indiqué que cette question devrait être étudiée de plus près.

29. De même que les vues exprimées à propos de l'article 62, les avis sont partagés en ce qui concerne la nécessité et l'opportunité d'une disposition relative au transfert de l'effet contraignant d'un contrat à un tiers. La majorité des vues exprimées, au moins, semblent considérer une telle disposition et clarification nécessaire dans le contexte du présent instrument.

F. Note du secrétariat sur l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: tableau comparatif concernant les limites de la responsabilité du transporteur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.53) [Original: anglais]

Note du secrétariat

À sa treizième session, le Groupe de travail a examiné les dispositions du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] concernant les limites de la responsabilité du transporteur et est convenu qu'il était trop tôt pour échanger des vues concernant le niveau approprié de limitation (A/CN.9/552, par. 39 et 44). Il a proposé que soit réalisée une étude des limites appliquées dans différents États dans le cadre de différents régimes de transport. Le Comité maritime international (CMI) a proposé de faire circuler auprès de ses membres un questionnaire concernant les limites applicables aux créances maritimes ainsi que toute information disponible sur la valeur de ces créances. En outre, les États Membres et observateurs du Groupe de travail ont accepté de communiquer au secrétariat des informations concernant les limites de responsabilité applicables dans leurs divers régimes de transport internes ainsi que toutes statistiques disponibles concernant les créances.

Toutes les informations reçues par le secrétariat sont présentées dans le tableau comparatif annexé à la présente note.

Droit des transports: Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Limites de la responsabilité du transporteur: tableau comparatif

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Allemagne	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo. Intérieur: (limite également applicable au transport international dans la mesure ou la Convention de Montréal n'est pas applicable): 8,33 DTS par kilo (sect. 431-2 HGB). Les parties peuvent convenir de limites différentes, à condition que celles-ci soient comprises entre 2 et 40 DTS par kilo. Retard: trois fois le fret (sect. 431-3 HGB).	International: COTIF-CIM: 17 DTS par kilo.	International: CMR, telle que modifiée par le protocole de 1978: 8,33 DTS par kilo Intérieur: 8,33 DTS par kilo (sect. 431 par. 2 HGB). Les parties peuvent convenir de limites différentes, à condition que celles-ci soient comprises entre 2 et 40 DTS par kilo. Retard: trois fois le fret (sect. 431-3 HGB).	International: Règles de La Haye: 666,67 DTS par colis/unité de chargement en cas de perte ou de dommage. Retard: pas de limite. Intérieur: Code du commerce (fondé sur les Règles de La Haye-Visby): 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut en cas de perte ou de dommage. Retard: pas de limite.	Navigation intérieure: comme pour le transport aérien/routier/ferroviaire Multimodal: si l'événement n'est pas localisé au cours d'une étape spécifique, les règles générales s'appliquent (comme pour le transport aérien/routier/ferroviaire). Si l'événement est localisé, le mécanisme de réseau s'applique (peut être remplacé par les dispositions générales de la loi allemande sur les transports, sauf si cela est incompatible avec des dispositions impératives d'un accord international auquel l'Allemagne est partie (sect. 452 d)-2 et 3 HGB).
Argentine	International: Protocole de Montréal de 1975: 17 DTS par kilo; sinon, sect. 145 du Code aéronautique: 2 pesos-or argentins par kilo de poids brut (actuellement 183 $ É.-U.).			International: Règles de La Haye de 1924: 100 livres sterling (9 545 $ É.-U.) par colis/unité; sinon, sect. 24 de la loi sur le transport maritime n° 20.094: 400 pesos-or argentins par colis/unité (actuellement 7 321 $ É.-U.). Retard: idem.	Multimodal: Dommages localisés: limite fixée par les règles spécifiques au mode de transport. Dommages non localisés: sect. 24 de la loi sur les transports maritimes n° 20.094: 400 pesos-or argentins par colis/unité (actuellement 7 321 $ É.-U.). Transport fluvial: pas de limite.

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Autriche	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo; sinon, 35 euros par kilo “pour les dommages causés lorsque le degré de faute est mineur”. Intérieur: pas de limite.	International: COTIF-CIM: 17 DTS par kilo. Intérieur: le transporteur peut fixer un barème pour limiter sa responsabilité, mais pas en dessous des limites fixées dans les conventions internationales.	International: CMR, telle que modifiée par le Protocole de 1978: 8,33 DTS par kilo. Intérieur: les clauses générales du contrat sont applicables.	International: Règles de Hambourg: 835 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2,5 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Intérieur: Code du commerce: 10 000 ATS par colis/unité de valeur (726,74 euros).	Transport fluvial: pas de limite.
Belgique	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo.	International: COTIF-CIM: 17 DTS par kilo. Intérieur: idem.	International: CMR, telle que modifiée par le protocole de 1978: 8,33 DTS par kilo. Intérieur: idem, si la Convention est applicable.	International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Intérieur: idem.	
Canada	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo.	International: la moins élevée des valeurs ci-après: 1) la valeur des marchandises, y compris le fret s’il a été acquitté; ou 2) la valeur indiquée par écrit par le chargeur; ou 3) la valeur convenue par le transporteur et le chargeur; ou 4) la valeur déterminée conformément au barème applicable.	International: 4,41 $ canadiens par kilo pour les expéditions sous connaissement.	International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: pas de limite.	

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Chili				International: Règles de Hambourg: 835 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2,5 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: 2,5 fois le fret jusqu'à concurrence du fret total à payer.	
Chine	International: Convention de Varsovie de 1929, telle que modifiée par le Protocole de La Haye de 1955: 250 francs-or par kilo. Sinon: art. 129-1-2 de la loi sur l'aviation civile: 17 DTS par kilo. Intérieur: art. 45-1-1 des règles sur le transport aérien intérieur de marchandises: 20 RMB par kilo.	International: art. 22 de l'accord SMGS: ne doit pas dépasser le montant de l'indemnisation pour la perte des marchandises. Pour les appareils électroménagers, la limite est de 7,2 roubles par kilo. Retard: art. 26 de l'accord SGMS: entre 6 % et 30 % du fret facturé, selon l'importance du retard. Intérieur: art. 56-3 des règles relatives au transport de marchandises par chemin de fer: 100 RMB par tonne si les marchandises sont transportées au poids, 2 000 RMB si elles sont transportées au poids et par colis; 30 RMB par tranche de 10 kilos pour les appareils électroménagers ou les expéditions effectuées par des particuliers. Retard: entre 5 % et 20 % du fret facturé, selon l'importance du retard.	International/ Intérieur: pas de limite, y compris pour les dommages liés au retard.	International: l'article 56 du Code maritime reproduit les Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: montant équivalent au fret dû pour les marchandises (art. 57 du Code maritime). Intérieur: pas de limite.	Intérieur (transport côtier et fluvial): pas de limite.

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Danemark	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo. (Idem pour le retard.) Intérieur: idem.	International: COTIF-CIM: 17 DTS par kilo. Retard: COTIF-CIM: quatre fois le montant facturé pour le transport. Intérieur: 17 DTS par kilo; 8,33 DTS par kilo s'il s'agit de marchandises diverses. Retard: quatre fois le montant facturé pour le transport, mais seulement une fois ce montant s'il s'agit de marchandises diverses.	International: CMR, telle que modifiée par le protocole de 1978: 8,33 DTS par kilo. Retard: CMR: montant facturé pour le transport. Intérieur: pas de limite, mais des limites sont fixées par voie contractuelle, généralement suivant les NSAB 2000, qui reprennent les dispositions ci-dessus (idem pour le retard).	International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: 2,5 fois le fret dû pour les marchandises en retard, jusqu'à concurrence du fret total. Intérieur: idem (y compris pour le retard).	
Espagne	Intérieur: 17 SDR par kilo. Retard: coût du fret.	Intérieur: 3,61 euros par kilo. Retard: coût du fret.	Intérieur: 4,5 euros par kilo. Retard: coût du fret.	Intérieur: pas de limite, mais des limites sont fixées par voie contractuelle.	
États-Unis d'Amérique	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo. Intérieur: limite fixée dans le contrat, généralement 0,50 $ par livre (environ 1,10 $ par kilo).	International/ Intérieur: responsabilité non limitée dans le cas d'un transport sous connaissement, mais des limites peuvent être convenues par écrit ou dans le barème de taux de fret et les conditions de transport.	International/ Intérieur: responsabilité non limitée, mais des limites peuvent être convenues par écrit ou dans le barème des taux de fret et les conditions de transport.	Intérieur: dans le cas d'un transport sous connaissement: valeur du navire et du fret à la fin du voyage, plus le fret acquis au cours du voyage (46 USC app. 183 a), Limitation of Liability Act).	
Finlande	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo. Intérieur: idem, mais la responsabilité n'est pas limitée en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde.	Intérieur: sect. 15 de la loi sur le transport par chemin de fer de 2000: 25 euros par kilo plus les frais de transport. Responsabilité non limitée en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde.	Intérieur: sect. 32 de la loi relative à l'accord sur le transport routier de 1979: 20 euros par kilo. Responsabilité non limitée en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde.	International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Intérieur: idem.	Multimodal: limite fixée dans le connaissement; elle est généralement de 8,33 DTS sauf pour l'étape maritime, pour laquelle les limites pertinentes sont applicables.

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Ghana				International/ Intérieur: par. 414 b) Ghana Shipping Act, n° 645 de 2003: 167 000 unités de compte pour un navire dont le tonnage ne dépasse pas 500 tonnes; pour un navire dont le tonnage dépasse 500 tonnes, en plus de ce qui précède: – 167 unités de compte pour chaque tonne entre 501 et 30 000 tonnes; – 125 unités de compte pour chaque tonne entre 30 001 et 70 000 tonnes; – 83 unités de compte pour chaque tonne au-delà de 70 001 tonnes.	
Grèce	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo. Intérieur: idem.	International: COTIF-CIM: 17 DTS par kilo. Intérieur: pas de limite. Retard: deux fois le fret acquitté.	International: CMR, telle que modifiée par le protocole de 1978: 8,33 DTS par kilo. Intérieur: le Code du commerce s'applique, pas de limite.	International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Intérieur: idem.	
Guatemala				International: fixées dans le connaissement du commissionnaire (souvent les limites des Règles de La Haye-Visby). Intérieur: pas de limite (art. 817 et 819 du Code du commerce).	

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Italie				International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: idem.	
Japon				International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut, mais le transporteur n'est pas responsable du "préjudice purement économique" ni du "préjudice indirect". Retard: idem pour la perte du prix marchand.	
Liban				International: Règles de Hambourg: 835 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2,5 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut.	

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Mali			International: pas de limite (l'assurance est obligatoire pour toutes les marchandises importées dont la valeur dépasse 500 000 francs CFA: cette disposition s'applique apparemment à tous les modes de transport.)		
Maroc			International/ Intérieur: en l'absence de dispositions contractuelles, le contrat type, qui ne contient pas de limite, s'applique (décret du Ministère des transports n° 1744-03 du 23 septembre 2003).		
Mexique				International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole, DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: pas de limite.	
Nigéria				International: Règles de La Haye de 1924: 200 naira par colis/unité. Retard: idem.	

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Norvège	International: Convention de Montréal de 1999: 17 DTS par kilo.	International: COTIF-CIM: 17 DTS par kilo.	International: CMR, telle que modifiée par le protocole de 1978: 8,33 DTS par kilo. Intérieur: 17 SDR par kilo de poids brut.	International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: idem. Intérieur: 17 SDR par kilo de poids brut.	
Pays-Bas				International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: idem, mais le transporteur peut exclure sa responsabilité par voie contractuelle.	
RAS de Hong Kong (Chine)				International: Règles de La Haye-Visby, telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: idem dans la mesure où les Règles sont applicables.	

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
République de Corée				International/ Intérieur: 500 DTS (art. 789-2 du Code du commerce).	
République tchèque	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (par. 629 du Code du commerce).	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (par. 629 du Code du commerce).	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (par. 629 du Code du commerce).	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (par. 629 du Code du commerce).	
Royaume-Uni				International: Règles de La Haye-Visby telles que modifiées par le protocole DTS: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut. Retard: pas de limite spécifique et le transporteur peut exclure sa responsabilité par voie contractuelle.	
Sénégal				International: Règles de Hambourg: 835 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2,5 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut.	

Pays	*Air*	*Rail*	*Route*	*Mer*	*Autres*
Singapour				International: Règles de La Haye-Visby (non modifiées): 1 563,65 S$ par colis/unité de chargement ou 4,69 S$ par kilo de poids brut. Toutefois, si le dommage n'est pas causé par le fait ou la faute du transporteur, 156,36 S$ par tonne de jauge du navire (sect. 135 et 136 de la loi sur la marine marchande).	
Suisse	International: Protocole de Montréal de 1975: 17 DTS par kilo. Intérieur: 72,50 FS par kilo.	International: COTIF-CIM: 17 DTS par kilo.	International: CMR, telle que modifiée par le protocole de 1978: 8,33 DTS par kilo. Intérieur: 150 FS par kilo de poids brut. Retard: 2 000 FS par voiture ou 500 FS par colis.		Navigation fluviale internationale: CLNI (Convention de Strasbourg sur la limitation de la responsabilité en navigation intérieure, 4 novembre 1988). Intérieur: 666,67 unités de compte (DTS) par colis/unité de chargement ou 2 unités de compte (DTS) par kilo de poids brut (1 DTS par kilo pour la navigation sur le Rhin).
Turquie	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (art. 762 du Code du commerce).	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (art. 762 du Code du commerce).	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (art. 762 du Code du commerce).	Intérieur: pas de limite de responsabilité pour le transporteur (art. 762 du Code du commerce).	

G. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des Pays-Bas concernant l'arbitrage, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.54) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Le Gouvernement néerlandais a présenté le texte d'une proposition concernant les dispositions relatives à l'arbitrage du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] en vue de la seizième session du Groupe de travail III (Droit des transports), afin que ce dernier l'examine à cette session. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

1. Aux paragraphes 177 à 179 du rapport sur les travaux de la quinzième session du Groupe de travail III de la CNUDCI (A/CN.9/576), il est fait mention d'une proposition relative à l'arbitrage devant être soumise à une session ultérieure. Cette proposition est reproduite dans la présente annexe.

2. La proposition a pour objectif de concilier les points de vue selon lesquels:

a) Le projet de convention devrait comprendre des dispositions relatives à la compétence et il ne devrait pas être possible de se soustraire à l'application de ces dispositions par un éventuel recours à l'arbitrage;

b) Pour ce qui est du choix entre l'arbitrage et le recours aux tribunaux, les pratiques actuelles de l'industrie des transports ne devraient pas être considérablement modifiées;

c) L'arbitrage est la principale méthode de règlement des litiges dans le contexte des services non réguliers, alors que les conventions d'arbitrage sont exceptionnelles dans le cas des services réguliers;

d) Les instruments internationaux en vigueur sur l'arbitrage, en particulier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), et les principes sur lesquels ces instruments reposent ne devraient pas être modifiés (voir A/CN.9/WG.III/WP.45);

e) Une fois qu'un litige est né, les parties devraient être libres de le soumettre à n'importe quel tribunal judiciaire ou arbitral de leur choix.

3. De l'avis de la délégation des Pays-Bas, pour atteindre l'objectif susmentionné, on pourrait:

a) Limiter les possibilités de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne les contrats de transport auxquels le projet de convention s'applique en vertu des articles 8 et 9, en autorisant ce recours uniquement dans les endroits où le projet de convention autorise le recours aux tribunaux;

b) Supprimer le chapitre 17 relatif à l'arbitrage, de manière à s'en remettre entièrement, pour ce qui est de l'arbitrage, aux instruments existants relatifs à cette question et aux lois nationales existantes;

c) Supprimer tout ce qui pourrait faire obstacle à l'incorporation volontaire du projet de convention dans les contrats de transport qui, conformément à l'article 9, sont exclus du champ d'application du projet, en ajoutant une disposition prévoyant expressément la liberté de faire figurer des clauses [de compétence ou] d'arbitrage dans de tels contrats;

d) Étendre aux conventions d'arbitrage la disposition relative aux conventions intervenant après la naissance du litige.

4. Il a été suggéré à la quinzième session du Groupe de travail de prévoir des exceptions pour certains services réguliers spécialisés (voir A/CN.9/576, par. 178). Aucune disposition traduisant cette suggestion ne figure encore dans la présente proposition.

5. Pour ce qui est de la rédaction proprement dite, cette proposition pourrait amener à apporter les modifications suivantes au projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56[1]:

a) Le chapitre 16 devrait s'intituler: **"Compétence et arbitrage"**.

b) Ajouter à l'article 78 un second paragraphe ainsi libellé:

"2. Sous réserve de l'article 81 *bis*, si un contrat de transport soumis à la présente Convention comprend une convention d'arbitrage, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) La personne faisant valoir un droit contre le transporteur peut soit:

i) engager une procédure d'arbitrage conformément aux clauses de la convention d'arbitrage en un lieu qui y est spécifié, ou

ii) engager une action en justice en tout autre lieu, à condition que ce lieu soit spécifié dans l'article 75 a) à c);

b) Le transporteur ne peut pas exécuter la convention d'arbitrage à moins qu'il ne donne à la personne faisant valoir un droit contre lui la possibilité de recourir à l'arbitrage dans l'un quelconque des lieux spécifiés à l'article 75 a) à d)."

c) Insérer le membre de phrase suivant à la fin de l'article 81:

"ou qui renvoie le litige à l'arbitrage"

d) Ajouter un nouvel article 81 *bis* ainsi libellé:

"Aucune disposition de la présente Convention n'a d'effet sur l'opposabilité [d'une clause de compétence ou] d'une convention d'arbitrage dans un contrat de service de transport non régulier auquel la présente Convention ou les dispositions de la présente Convention s'appliquent uniquement du fait:

i) de l'application de l'article 10 ou

ii) de l'incorporation volontaire par les Parties de la présente Convention en tant que clause contractuelle d'un contrat de transport qui autrement ne serait pas soumis à la présente Convention."

e) Supprimer entièrement le chapitre 17 (articles 82 à 86).

---

[1] Cette proposition est toutefois subordonnée au résultat de l'examen par le Groupe de travail de la teneur de l'article 76 relatif à la compétence exclusive.

H. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: informations présentées par la délégation suédoise, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.55) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la seizième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le gouvernement suédois a soumis au secrétariat le document ci-joint en annexe concernant les obligations du chargeur dans le projet de convention sur le transport de marchandises [totalement ou partiellement] [par mer]. La délégation suédoise a indiqué que le texte avait pour but de faciliter l'examen de la question des obligations du chargeur au sein du Groupe de travail en regroupant les vues et commentaires de diverses délégations en un document unique pour discussion par le Groupe de travail.

Le document figurant à l'annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

I. Introduction

1. Les obligations du chargeur ont été examinées lors de la treizième session du Groupe de travail III (Droit des transports) à New York, du 3 au 14 mai 2004, dont les délibérations et décisions sont reproduites dans le rapport A/CN.9/552 (par. 118 à 161). Le secrétariat de la CNUDCI a été prié d'établir un projet révisé des dispositions examinées. Les projets de dispositions concernant les obligations du chargeur ont été publiées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.39 (par. 14 à 22). Pendant l'été 2005 la délégation suédoise a distribué aux délégations intéressées un questionnaire informel sur les obligations du chargeur. L'objet de ce questionnaire était de faciliter le débat sur le sujet et de voir s'il y avait une possibilité de compromis pour certaines des questions que posaient le texte. Des réponses ont été fournies par 19 délégations au total, une réponse sous forme de document commun à trois délégations différentes. Entre la date de la distribution du questionnaire et celle de la publication du rapport, une nouvelle version consolidée du projet de convention a été établie et soumise pour publication sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.56. Le présent rapport est fondé sur cette version consolidée, mais se réfère aussi aux projets de dispositions initiales figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.39. Les textes proposés ici ne reflètent pas nécessairement les vues de la délégation suédoise, mais représentent des compromis possibles que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner.

II. Remise des marchandises prêtes pour le transport, projet d'article 28 (ancien article 25)

2. L'article 28 comporte une obligation générale de remettre les marchandises prêtes pour le transport, à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport. Il ne dit cependant pas où et quand les marchandises doivent être remises au chargeur. Il a été demandé aux délégations si elles souhaitaient inclure une règle selon laquelle, sauf convention contraire, le chargeur doit remettre les marchandises au moment et au lieu indiqués par le transporteur. Environ la moitié des délégations ont indiqué qu'elles jugeaient une telle règle inutile. Certaines sont d'avis qu'il s'agit d'une question commerciale, sur laquelle les parties s'entendraient de toute façon toujours dans le contrat de transport. Une autre délégation a estimé qu'il découlait implicitement du texte existant de l'article 28 que sauf convention contraire le chargeur a une obligation de remettre les marchandises au moment et au lieu indiqués par le chargeur. Quelques délégations se sont opposées plus vivement à la proposition, car elles craignaient qu'il y ait un risque de rupture de l'équilibre entre le transporteur et le chargeur au détriment de ce dernier et qu'il ne soit pas nécessaire d'unifier le droit sur ce point. En conséquence, il a été suggéré de laisser le soin au droit national de se prononcer sur la responsabilité en cas de remise tardive.

3. D'autres délégations ont déclaré qu'elles souhaiteraient voir une règle générale comme celle qui est suggérée à l'article 28. Aucune d'entre elles n'a toutefois présenté de raisons particulières pour lesquelles elles souhaiteraient avoir une telle règle.

4. Pour ce qui est de la question de savoir si les mots “transport prévu” couvrent toutes les parties du transport et non seulement le transport par mer, les délégations ont estimé dans leur majorité que le texte était clair et qu’il n’était pas nécessaire de préciser que les marchandises doivent être emballées et arrimées pour résister au transport par mer ainsi qu’aux transports terrestres annexes.

5. Bien qu’aucune proposition spécifique concernant la relation entre la première et la deuxième phrase de l’article 28 n’ait été faite dans le questionnaire, un nombre important de délégations ont fait des commentaires sur cette question. Une majorité d’entre elles est parvenue à la conclusion que l’obligation énoncée dans la deuxième phrase, d’arrimer, de brêler et d’immobiliser les marchandises dans un conteneur était déjà couverte par l’obligation plus générale énoncée dans la première phrase. L’argument semble être ici que, si les parties conviennent que les marchandises doivent être remises dans un conteneur, le chargeur ne doit pas seulement charger, manutentionner, arrimer, brêler et immobiliser correctement les marchandises elles-mêmes, par exemple en les emballant dans des boîtes qui résisteront au transport, mais aussi immobiliser les boîtes à l’intérieur du conteneur. En d’autres termes, cette dernière obligation est considérée comme faisant partie de l’arrimage des marchandises.

6. D’un autre côté, une délégation a exprimé l’avis qu’il s’agissait là de deux choses différentes, qui avaient toutes deux besoin d’être réglementées. Une autre raison de conserver la deuxième phrase est que les conteneurs font l’objet d’une réglementation spécifique ailleurs dans le texte.

7. On pourrait toutefois faire valoir que l’approche générale, dans l’ensemble du projet de convention, est que les marchandises et leur emballage, y compris les conteneurs, sont traités sur un pied d’égalité. Le fait que les conteneurs sont explicitement inclus dans la définition de “marchandises” à l’article 1 w), à condition que le transporteur ou une partie exécutante ne les fournisse pas, en est une illustration. Si l’on considère les autres dispositions spécifiques concernant les conteneurs, elles ont souvent des objectifs plus spécifiques qu’à l’article 28. Par exemple, à l’article 26, il est nécessaire de faire une distinction entre marchandises conteneurisées et autres marchandises, car le transporteur peut transporter le premier type de marchandises sur le pont en l’absence de convention particulière avec le chargeur.

8. Si l’on interprète le texte de l’article 28 de manière que les conteneurs ne soient pas couverts par la première phrase, mais seulement par la deuxième, il y aura probablement une contradiction avec la définition figurant à l’article 1 w), et l’on créera en outre le risque que le chargeur ne soit plus responsable de l’état du conteneur fourni par lui, mais seulement de l’arrimage des marchandises à l’intérieur du conteneur. Dans la pratique, toutefois, le problème n’est pas seulement que l’arrimage des marchandises à l’intérieur du conteneur est défectueux, mais que le conteneur lui-même est dans un état tel qu’il ne peut résister au transport.

9. Sur la base de la discussion ci-dessus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l’article 28 devrait être rédigé comme suit:

> *“Le chargeur doit remettre les marchandises prêtes pour le transport à moins qu’il n’en soit convenu autrement dans le contrat de transport et dans un état tel qu’elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention, d’arrimage, de saisissage, de fixation et de*

déchargement dont elles feront l'objet, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel."

III. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions (projet d'article 29, ancien 26)

10. Il n'y avait pas, dans le questionnaire, de proposition visant à supprimer l'article 29 comme étant inutile. Certaines délégations ont toutefois indiqué qu'elles souhaiteraient le voir supprimé dans sa totalité, au motif que le chapitre régit les obligations du chargeur et que cette obligation spécifique est déjà couverte par les dispositions générales relatives aux obligations et à la responsabilité du transporteur énoncées ailleurs dans le projet de convention. Une majorité de délégations semblent néanmoins être d'avis qu'une telle disposition est utile en liaison avec l'article 30 sur l'obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions.

11. La majorité des délégations souhaiteraient voir supprimés les mots figurant entre crochets à la première phrase ainsi que la deuxième phrase entre crochets. Selon elles, le transporteur a l'obligation implicite de fournir des informations exactes et complètes en temps utile. Certaines de ces délégations étaient d'avis que les mots entre crochets, dans la première phrase, étaient acceptables et que l'idée de préciser que les informations doivent être fournies en temps utile était peut-être une bonne idée.

12. Un nombre minoritaire de délégations a suggéré de conserver les mots entre crochets, car il pourrait être indiqué d'énoncer ces obligations explicitement. Une délégation souhaitait supprimer la deuxième phrase seulement de l'article. Une autre a estimé en plus qu'il fallait, dans la version anglaise, insérer le mot "such" avant le mot "instructions" à la première phrase.

13. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner un texte rédigé comme suit:

"*Le transporteur doit fournir au chargeur, à sa demande et en temps utile, les informations dont il a connaissance et les instructions qui sont raisonnablement nécessaires au chargeur ou importantes pour lui afin de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28.*"

IV. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents (article 30, ancien 27)

14. Les vues des délégations étaient partagées au sujet de l'article 30. En ce qui concerne le texte original et la variante proposée, certaines délégations ont déclaré qu'elles souhaiteraient conserver le texte original de l'article 30. D'autres ont estimé que la variante était acceptable comme base pour la poursuite des discussions. Quelques délégations favorables au texte original ont dit que les mots "raisonnablement nécessaires pour", dans le chapeau, ainsi que les mots "puisse raisonnablement supposer", aux alinéa a) et c), représentaient deux types différents de critères, l'un objectif et l'autre subjectif. Cela signifie que, dans une situation où le document ne peut être considéré comme raisonnablement nécessaire pour la

manutention des marchandises, le chargeur n'est pas tenu de le fournir, même s'il sait que le transporteur n'a pas les informations – c'est le critère objectif. De la même façon, dans une situation où le document est raisonnablement nécessaire, mais où il y a des raisons de supposer que le transporteur a déjà les informations, le chargeur n'est pas tenu de fournir le document – c'est le critère subjectif.

15. Quelques délégations ont toutefois dit aussi qu'elles souhaiteraient voir une disposition ne contenant pas de critère subjectif – en d'autres termes, le chargeur devrait avoir l'obligation de fournir tous les documents dès lors qu'ils sont nécessaires pour la manutention des marchandises. Un critère subjectif risquerait d'être une source de grande confusion dans la pratique. Une autre raison de supprimer les mots en question pourrait être que les deux situations – celle où le document effectif n'est pas nécessaire et celle où le transporteur a déjà connaissance des informations – sont prises en compte dans la variante par les mots "raisonnablement nécessaires". Un document pourrait ne pas être du tout nécessaire pour la manutention des marchandises ou bien ne pas être nécessaire parce que le transporter a déjà les informations.

16. Une autre délégation a proposé de supprimer le mots "raisonnablement" dans le chapeau du fait que le chargeur aurait à fournir tous les documents nécessaires.

17. Certaines délégations ont également demandé qu'il soit fait référence à l'article 38-1 a) en ce qui concerne la description des marchandises à inclure dans le texte initial de l'article 30 c). La responsabilité de la description des marchandises deviendrait alors une responsabilité objective selon l'article 31-2). D'un autre côté, certaines délégations ont déclaré que la responsabilité en cas de non-respect de l'article 30 devrait être entièrement fondée sur la négligence. Il est considéré qu'une responsabilité objective impose une contrainte trop lourde au chargeur.

18. Certaines délégations ont estimé que les mots figurant dans le chapeau pouvaient être supprimés car ils doivent être considérés comme étant sous-entendus, tandis que d'autres étaient d'avis qu'ils devraient être conservés dans le texte.

19. En ce qui concerne la référence au moment de la fourniture, ainsi qu'au caractère exact et complet des éléments à fournir, il convient de noter que, d'après la variante B de l'article 31-2, le chargeur est réputé les avoir garantis en liaison avec l'article 30 b) et 30 c).

20. Sur la base de la discussion ci-dessus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte ci-après comme variante de l'article 30 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56:

> *Le chargeur doit fournir au transporteur en temps utile les informations, instructions et documents qui sont raisonnablement nécessaires pour:*
>
> *a) La manutention et le transport des marchandises, y compris les précautions devant être prises par le transporteur ou une partie exécutante;*
>
> *b) Le respect des règles, règlements et autres exigences des autorités concernant le transport prévu, y compris les déclarations, demandes et autorisations concernant les marchandises;*
>
> *c) La compilation des données du contrat et l'émission des documents de transport ou des enregistrements électroniques, y compris les renseignements visés à l'article 38-1[a],]b) et c), le nom de la partie devant*

être identifiée comme le chargeur dans les données du contrat, le nom du destinataire éventuel, et le nom de la personne à l'ordre de laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique doit éventuellement être émis.

V. Fondement de la responsabilité du chargeur (projet d'article 31, ancien 29)

21. L'article 31 régit la responsabilité du chargeur. Il est dit au paragraphe 1 que la responsabilité générale est fondée sur la négligence. Le paragraphe 2 modifie ensuite le paragraphe 1 en disant qu'en cas de manquement à ses obligations en vertu des paragraphes 30 b) et c) le chargeur a une responsabilité de plein droit. La différence entre les variantes A et B est que dans la variante A la responsabilité de plein droit comprend l'obligation de fournir ces informations, ainsi que l'exactitude et le caractère complet de ces informations. Dans la variante B, seuls le moment, l'exactitude et le caractère complet sont couverts par la responsabilité de plein droit. L'obligation de fournir les informations est couverte par la responsabilité générale au paragraphe 1. À cet égard, il est un peu étrange que les mots "en temps utile" aient été inclus dans la variante B – cela signifie que la question de savoir si le chargeur doit fournir les informations et la question de savoir si cela a été fait en temps utile seront régies par des régimes de responsabilité différents.

22. La majorité des délégations préférait la variante A du paragraphe 2, mais pour des raisons très diverses. Certaines délégations ont déclaré qu'elles préféraient cette variante parce que le texte est plus simple et plus clair. D'autres ont dit qu'elles voulaient qu'il soit bien clair que les informations fournies par le chargeur étaient correctes – ce qui est déjà prévu par la variante B. Et enfin, quelques délégations ont souligné que la responsabilité de plein droit devrait s'appliquer non seulement à l'exactitude et au caractère complet des informations, mais aussi à l'obligation de les fournir.

23. Les délégations qui se sont prononcées en faveur de la variante B tendent à insister sur l'équilibre entre la responsabilité du transporteur et du chargeur. Une responsabilité de plein droit couvrant la plupart des obligations visées à l'article 30 imposerait un trop lourd fardeau au chargeur, compte tenu du fait que la responsabilité du transporteur est fondée sur la négligence. Une autre raison qui pourrait militer en faveur de la variante B est que l'obligation du chargeur énoncée à l'article 30 se limite à fournir les informations qui sont raisonnablement nécessaires. Il est donc difficile de relier cette obligation à une responsabilité de plein droit. Une autre question tient au fait que les informations effectivement fournies doivent être exactes et que le chargeur aura une responsabilité de plein droit à cet égard.

24. Le point de savoir si la responsabilité de plein droit devrait couvrir l'obligation de fournir les informations, à l'article 30 b) et c), est une question de principe. Certaines délégations, pendant les négociations, ont souligné qu'il importait qu'une responsabilité de plein droit soit liée à l'obligation énoncée aux paragraphes b) et c), et notamment au paragraphe b).

25. Certaines délégations ont également souligné qu'elles souhaiteraient limiter le champ d'application de la disposition à la relation entre le chargeur et le

transporteur. Il a été proposé d'insérer les mots "envers le transporteur" au paragraphe 1 et de supprimer le paragraphe 3.

26. Sur la base des discussions ci-dessus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte ci-après comme variante de l'article 31:

> *1. Le chargeur est responsable envers le transporteur de la perte, du dommage ou du préjudice corporel causé par les marchandises et du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des articles 28 et 30. Le chargeur est dégagé de la totalité ou d'une partie de sa responsabilité s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage ou du préjudice corporel n'est pas attribuable à sa faute ni à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 35.*
>
> *2. Le chargeur est réputé avoir garanti au transporteur, au moment de la réception des marchandises par ce dernier, l'exactitude des informations, instructions et documents qu'il fournit conformément à l'article 30. Il doit indemniser le transporteur de toutes pertes et de tous dommages, retard et dépenses provenant ou résultant d'informations, instructions et documents inexacts, à moins que l'inexactitude n'ait été causée par le transporteur ou l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19.*

27. Cette variante repose sur l'hypothèse que la responsabilité, en cas de défaut de fourniture des informations, documents, etc. raisonnables, devrait être fondée sur la négligence, la charge de la preuve étant renversée (le texte fait pendant, à cet égard, à la disposition sur la responsabilité du transporteur) et que le champ d'application de la disposition devrait être la relation entre le chargeur et le transporteur. Le maintien de la variante A dans le texte initial du paragraphe 2 pourrait modifier cette règle. Le chargeur, dans cette situation, aura la responsabilité de plein droit de la fourniture d'informations à l'article 30 b) et c).

28. Au paragraphe 2 de la variante, le chargeur a une responsabilité de plein droit pour les informations qu'il fournit, à moins que le transporteur ou une personne quelconque pour laquelle il est responsable n'ait causé l'inexactitude. Le texte s'applique à la totalité de l'article 30 et non aux seuls paragraphes b) et c).

29. Le paragraphe 3 a été omis par suite de la discussion ci-dessus relative au champ d'application de la disposition.

VI. Fausse déclaration du chargeur ayant un caractère déterminant (projet d'article 32, ancien 29 *bis*)

30. Une nette majorité des délégations a exprimé l'avis que cette disposition n'était pas acceptable. Nombre d'entre elles ont proposé qu'elle soit supprimée au motif qu'elle apparaît comme une disposition ayant le caractère d'une sanction. Il n'est pas exigé de relation de causalité entre la fausse déclaration et la responsabilité pour le retard de livraison, la perte ou l'endommagement des marchandises. On a également fait valoir que, s'il y a par exemple un retard en raison d'une fausse déclaration du chargeur ayant un caractère déterminant, il découle déjà de l'article 17 relatif à la responsabilité du transporteur que ce dernier n'en est pas responsable.

31. Quelques délégations se sont prononcées en faveur de la disposition, l'une des raisons étant qu'il est particulièrement important que le chargeur fournisse au transporteur des information correctes et que ce dernier risque de subir un préjudice à cause d'une fausse déclaration ayant un caractère déterminant. On pourrait toutefois faire valoir que ce cas est déjà couvert par la responsabilité en cas de fourniture d'informations inexactes à l'article 30, en particulier au paragraphe 2 proposé où la responsabilité est de plein droit en ce qui concerne les informations fournies par le chargeur.

VII. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses (projet d'article 33, ancien 30)

32. La majorité des délégations ont indiqué qu'elles préféraient qu'il n'y ait pas de définition du tout ou bien une définition plus générale et plus simple que celle qui est proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.39. Les raisons de ne pas utiliser la définition de la Convention Internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses de 1996 ("Convention SNPD") étaient que cette dernière répond à un intérêt public, à savoir protéger l'environnement et les tiers, et non à un intérêt privé, et qu'une définition technique comme celle-ci court toujours le risque d'être rapidement dépassée. Ceux qui préféraient une définition générale ont indiqué qu'une telle définition risquait d'empêcher les tribunaux d'appliquer diverses interprétations de la notion de marchandises dangereuses et de promouvoir ce faisant l'uniformité.

33. Dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, le Secrétariat a proposé une définition plus générale au paragraphe 1 du projet d'article 33. Aux paragraphes 2 et 3 il est indiqué que le chargeur doit marquer et étiqueter les marchandises dangereuses et qu'il a l'obligation d'informer le transporteur de la nature ou de la dangerosité des marchandises. Si le chargeur ne le fait pas, il est responsable de plein droit de la perte, du dommage, du retard et des dépenses résultant directement ou indirectement d'un tel manquement. En ce qui concerne l'obligation d'informer, le chargeur n'est responsable que si le transporteur n'a pas autrement connaissance de la dangerosité des marchandises.

VIII. Acceptation des droits et obligations du chargeur (projet d'article 34, ancien 31)

34. Certaines délégations ont exprimé l'avis que la disposition devrait être supprimée, au motif que le chapitre devrait régir uniquement la responsabilité entre le transporteur et le chargeur et que la question de la position du vendeur franco bord ou "FOB" ne relève pas d'une convention sur le transport de marchandises, mais plutôt d'une convention sur la vente de marchandises.

35. Une majorité de délégations a néanmoins déclaré qu'elle préférait que soit incluse une règle sur la responsabilité du vendeur FOB, qui sera très souvent le chargeur effectif. Le problème est considéré comme un problème pratique et il est noté que la relation entre le vendeur FOB et le transporteur n'est pas très clair. Avec une telle règle, le transporteur pourra demander directement réparation au chargeur

effectif et ce dernier pourra utiliser les exonérations prévues dans le chapitre sur les obligations du chargeur. Si l'on examine la situation actuelle dans de nombreux pays, cette question est régie par le droit général de la responsabilité civile extracontractuelle.

36. Quelques délégations ont également discuté du libellé de la disposition. L'une d'entre elles était d'avis que le mot "accepte" est trop vague par rapport à l'autre mot proposé "reçoit".

37. Une autre délégation est en faveur d'une disposition selon laquelle le chargeur effectif sera responsable s'il "accepte" d'être désigné comme le chargeur dans les données du contrat. La personne considérée comme étant le chargeur aura aussi la possibilité d'être dégagée de sa responsabilité si elle prouve qu'elle n'est pas le chargeur en indiquant qui est réellement le chargeur.

38. Certaines délégations ont également indiqué qu'elles souhaiteraient voir une disposition explicite énonçant que le chargeur et le chargeur effectif sont solidairement responsables. Une délégation a néanmoins exprimé l'avis que, dans la mesure où le chargeur effectif était responsable, le chargeur contractuel devrait être dégagé de sa responsabilité. Ce point de vue semble se justifier par le fait que dans le cas contraire le transporteur se trouverait dans une meilleure position que dans le cas d'une expédition en vertu d'une vente "coût, assurance, fret", ou "CAF" dans laquelle le transporteur peut demander réparation au seul chargeur (c'est-à-dire au vendeur dans le contrat de vente), et non au destinataire (c'est-à-dire l'acheteur dans le contrat de vente).

39. Sur la base de la discussion ci-dessus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant:

> *1. Si une personne identifiée comme "chargeur" dans les données du contrat, bien que n'étant pas le chargeur tel que défini à l'article 1 h), reçoit le document de transport ou l'enregistrement électronique, elle a) est soumise aux responsabilités et obligations qui incombent au chargeur en vertu du présent chapitre et de l'article 59, et b) bénéficie des droits et exonérations reconnus au chargeur par le présent chapitre et le chapitre 14.*
>
> 2. *Le paragraphe 1 du présent article n'affecte pas les responsabilités, obligations, droits ou exonérations du chargeur.*

IX. Responsabilité du chargeur du fait d'autrui (projet d'article 35, ancien 32)

40. La majorité des délégations appuie cet article. Une délégation, cependant, estime qu'il n'est pas nécessaire de faire écho à la réglementation de la responsabilité du transporteur et que cette question devrait être laissée au droit national. Parmi les délégations favorables à l'inclusion d'une disposition sur la responsabilité du chargeur du fait d'autrui, quelques-unes ont fait des commentaires sur le libellé du texte. L'une a exprimé l'avis que la première phrase était répétitive. D'autres ont considéré qu'il était nécessaire d'énoncer expressément que le chargeur n'était pas responsable dans les cas où l'exécution est déléguée au transporteur ou à une partie exécutante du côté du transporteur, par exemple en vertu d'une clause "franco chargement et déchargement (cargaison arrimée)".

41. Sur la base de la discussion ci-dessus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant:

1. Le chargeur répond des actes et omissions de toute personne, y compris de ses sous-traitants, employés et mandataires, à qui il a délégué l'exécution des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Le chargeur n'est tenu responsable en vertu du présent article que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

2. Nonobstant le paragraphe 1 le chargeur ne répond pas des actes et omissions du transporteur ou d'une partie exécutante du côté du transporteur à laquelle il a délégué l'exécution des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre.

X. Cessation de la responsabilité du chargeur (projet d'article 36, ancien 43-2))

42. Cet article n'a pas été traité dans le questionnaire car il figurait précédemment dans le chapitre 9 sur le fret, qui a été supprimé. Les dispositions de l'article 36 doivent être revues en liaison avec l'article 94. Il semble que l'article 36 soit déjà couvert par le paragraphe 2 de l'article 94, qui régit de façon impérative les responsabilités du chargeur et des personnes visées à l'article 34. Si le texte du paragraphe 2 de l'article 94 est supprimé ultérieurement (il figure actuellement entre crochets), les dispositions de l'article 34 contrediraient le principe du paragraphe 1 de l'article 94 (lire *e contrario*) à savoir qu'il est possible de s'entendre sur des conditions plus favorables pour le chargeur.

I. Note du secrétariat sur le droit des transports: projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.56) [Original: anglais]

Table des matières

	Annexe I *Page*	Annexe II *Page*
Introduction	5	
Projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	7	83
Chapitre 1. Dispositions générales	7	83
Article 1. Définitions	7	83
Article 2. Interprétation de la présente Convention	12	88
Article 3. Conditions de forme	12	89
Article 4. Applicabilité des exonérations et limitations	13	89
Chapitre 2. Communication électronique	13	90
Article 5. Utilisation et effet des communications électroniques	13	90
Article 6. Procédures d'utilisation des enregistrements électroniques négociables concernant le transport	14	90
Article 7. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport	14	91
Chapitre 3. Champ d'application	15	91
Article 8. Champ d'application général	15	91
Article 9. Exclusions et inclusions particulières	15	92
Article 10. Application à certaines parties	16	93
Chapitre 4. Durée de la responsabilité	16	93
Article 11. Durée de la responsabilité du transporteur	16	93
Article 12. Transport sortant du contrat de transport	17	94
Chapitre 5. Obligations du transporteur	18	95
Article 13. Transport et livraison des marchandises	18	95
Article 14. Obligations particulières	18	95
Article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses	19	95
Article 16. Obligations particulières applicables au voyage par mer	19	96
Chapitre 6. Responsabilité du transporteur pour perte, dommage ou retard	20	97
Article 17. Fondement de la responsabilité	20	97
Article 18. Responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions	22	99
Article 19. Responsabilité du transporteur du fait d'autrui	23	99
Article 20. Responsabilité des parties exécutantes maritimes	23	100
Article 21. Responsabilité solidaire et compensation	24	101
Article 22. Retard	25	102
Article 23. Calcul de la réparation	26	103
Article 24. Avis de perte, de dommage ou de retard	26	103

	Annexe I	Annexe II
Chapitre 7. Dispositions supplémentaires relatives à des étapes particulières du transport	27	104
Article 25. Déroutement durant le transport par mer	27	105
Article 26. Marchandises en pontée sur des navires	28	105
Article 27. Transport précédant ou suivant un transport par mer	29	107
Chapitre 8. Obligations du chargeur	30	108
Article 28. Remise des marchandises pour le transport	30	108
Article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions	31	108
Article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents	31	108
Article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur	32	109
Article 32. Fausse déclaration grave du chargeur	33	110
Article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses	33	111
Article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur	34	112
Article 35. Responsabilité du chargeur du fait d'autrui	34	112
Article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur	34	112
Chapitre 9. Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport	35	113
Article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport	35	113
Article 38. Données du contrat	35	114
Article 39. Signature	36	115
Article 40. Carence des données du contrat	37	115
Article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat	38	116
Article 42. Moyen raisonnable de vérification et bonne foi	39	117
Article 43. Présomption simple et preuve péremptoire	39	118
Article 44. Force probante des réserves	40	119
Article 45. "Fret payé d'avance"	41	121
Chapitre 10. Livraison au destinataire	41	122
Article 46. Obligation de prendre livraison	41	122
Article 47. Obligation d'accuser réception	42	122
Article 48. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis	42	122
Article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis	43	124
Article 50. Instructions insuffisantes	45	126
Article 51. Marchandises non livrables	45	126
Article 52. Avis d'arrivée à destination	46	127
Article 53. Responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables	46	128
Chapitre 11. Droit de contrôle	47	128
Article 54. Définition du droit de contrôle	47	128
Article 55. Modification du contrat de transport	47	129
Article 56. Règles applicables en fonction du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport émis	48	129

	Annexe I	Annexe II
Article 57. Exécution de l'instruction par le transporteur	50	132
Article 58. Marchandises réputées livrées	52	134
Article 59. Obligation de fournir des informations, instructions ou documents au transporteur	52	134
Article 60. Dérogation conventionnelle	52	134
Chapitre 12. Transfert de droits	53	135
Article 61. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis	53	135
Article 62. Responsabilité du porteur	53	135
Article 63. Cas où aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis	54	136
Chapitre 13. Limitation de la responsabilité	55	137
Article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité	55	138
Article 65. Responsabilité pour le préjudice causé par le retard	57	139
Article 66. Déchéance du droit de limiter sa responsabilité	57	140
Chapitre 14. Droits d'action	58	141
Article 67. Parties	58	141
Article 68. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis	59	142
Chapitre 15. Délai pour agir	60	142
Article 69. Prescription des actions	60	142
Article 70. Point de départ du délai de prescription	60	143
Article 71. Prorogation du délai de prescription	61	144
Article 72. Action récursoire	61	144
Article 73. Demandes reconventionnelles	62	145
Article 74. Actions contre l'affréteur coque nue	62	145
Chapitre 16. Compétence	63	146
Article 75. Actions contre le transporteur	63	146
Article 76. Conventions attributives de juridiction exclusive	63	146
Article 77. Actions contre la partie exécutante maritime	64	147
Article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires	64	148
Article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires	65	148
Article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance	65	149
Article 81. Convention après la survenue du litige	66	150
Chapitre 17. Arbitrage	66	150
Variante A. Article 82	66	150
Article 83	66	150
Article 84	67	151
Article 85	67	151
Article 85 *bis*	67	151
Article 86	67	151
Variante B. Article 82	67	151
Article 83	68	151
Article 84	68	152
Article 85	68	152
Article 86	68	152

	Annexe I	Annexe II
Chapitre 18. Avaries communes	68	152
Article 87. Dispositions sur les avaries communes	68	152
Article 88. Contribution aux avaries communes	68	152
Chapitre 19. Autres conventions	69	153
Article 89. Instruments internationaux régissant d'autres modes de transport	69	153
Article 90. Préséance sur des conventions antérieures	69	153
Article 91. Limitation globale de la responsabilité	70	153
Article 92. Autres dispositions sur le transport de passagers et de bagages	70	154
Article 93. Autres dispositions sur les dommages causés par un accident nucléaire	70	154
Chapitre 20. Validité des clauses contractuelles	71	155
Article 94. Dispositions générales	71	155
Article 95. Règles spéciales pour les contrats de tonnage	71	155
Article 96. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises	73	156
Chapitre 21. Clauses finales	73	157
Article 97. Dépositaire	73	157
Article 98. Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion	73	157
Article 99. Réserves	74	157
Article 100. Effet dans les unités territoriales nationales	74	157
Article 101. Entrée en vigueur	74	158
Article 102. Dénonciation d'autres conventions	75	158
Article 103. Révision et amendements	75	159
Article 104. Modification des limites	76	160
Article 105. Dénonciation de la présente Convention	78	162

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des questions liées au transport international de marchandises telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[i]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième session, en 2002. La compilation la plus récente retraçant l'historique de ce projet figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.48.

2. L'annexe I de la présente note contient une version consolidée des dispositions révisées du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], que le secrétariat a établie afin de la soumettre au Groupe de travail pour examen. Alors que ce dernier n'a pas encore achevé sa deuxième lecture du projet, la publication de cette nouvelle version a été jugée nécessaire en raison du nombre de modifications que le Groupe de travail est convenu d'apporter à la version consolidée antérieure du projet, contenue dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, qu'il a examinée précédemment. Les modifications apportées à ce document sont ici accompagnées de notes de bas de page indiquant le document de travail (A/CN.9/WG.III/WP.36, A/CN.9/WG.III/WP.39, A/CN.9/WG.III/WP.44 et A/CN.9/WG.III/WP.47) ou encore le paragraphe du rapport (A/CN.9/572 et A/CN.9/576) où elles figuraient initialement. Pour plus de commodité et pour faciliter les débats du Groupe de travail, l'annexe II contient le même texte que l'annexe I, à ceci près que les modifications sont mises en évidence, les passages supprimés étant barrés et les passages nouveaux soulignés. Lorsque les corrections, précisions, améliorations et déplacements proposés semblent avoir trait uniquement à la forme, ils sont indiqués dans l'annexe II sans autre explication. En revanche, lorsque des changements ayant trait davantage au fond sont suggérés, ils sont expliqués dans des notes de bas de page ou sont présentés sous la forme de variante au texte initial.

---

[i] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

Annexe I

Projet de convention[1] sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer][2]

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définitions

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme “contrat de transport” désigne un contrat par lequel un transporteur s’engage, contre paiement d’un fret, à transporter des marchandises d’un lieu à un autre. Le contrat doit prévoir le transport par mer et peut prévoir le transport par d’autres modes en plus du transport par mer[3].

b) Le terme “contrat de tonnage” désigne un contrat qui prévoit le transport d’une quantité spécifiée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue. La quantité peut être spécifiée sous la forme d’un minimum, d’un maximum ou d’une fourchette[4].

c) Le terme “transport non régulier” désigne tout transport qui n’est pas un transport régulier. Aux fins du présent alinéa, le terme “transport régulier” désigne un service de transport qui i) est offert au public par voie de publicité ou par des moyens similaires et ii) comprend un transport par des navires assurant une liaison régulière entre des ports spécifiés conformément à un calendrier publié de dates de départ[5].

d) Le terme “transporteur” désigne une personne qui conclut un contrat de transport avec un chargeur.

e) Le terme “partie exécutante” désigne une personne autre que le transporteur qui s’acquitte matériellement ou s’engage à s’acquitter de l’une quelconque des obligations du transporteur découlant d’un contrat de transport en ce qui concerne la réception, le chargement, la manutention, l’arrimage, le transport, le soin, le déchargement ou la livraison[6] des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci. Le terme “partie exécutante” englobe les parties exécutantes maritimes et les parties exécutantes non maritimes telles que définies

---

[1] Le mot “instrument” a été remplacé par le mot “convention” dans tout le texte, à des fins de cohérence, ce qui ne préjuge toutefois pas de la forme que prendra le présent instrument.

[2] Comme il est noté au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a décidé de conserver le titre actuel sans le modifier en vue de l’examiner ultérieurement.

[3] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé aux paragraphes 53 et 58 de ce même document pour la suite des débats.

[4] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 58 de ce même document pour la suite des débats. Les modifications proposées visent à répondre aux préoccupations exprimées à propos du membre de phrase, précédemment entre crochets, “d’une quantité minimum spécifiée”.

[5] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 58 de ce même document pour la suite des débats.

[6] Liste étoffée pour faire pendant aux obligations particulières énoncées à l’article 14-1.

aux alinéas f) et g) du présent article mais ne s'entend pas d'une personne qui est engagée par un chargeur, une personne mentionnée à l'article 34, un expéditeur, une partie contrôlante[7] ou un destinataire, ou qui est un employé, mandataire, fournisseur ou sous-traitant d'une personne (autre que le transporteur) engagée par un chargeur, une personne mentionnée à l'article 34, un expéditeur, une partie contrôlante ou un destinataire[8].

f) Le terme "partie exécutante maritime" désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement [ou, en cas de transbordement, au premier port de chargement] d'un navire et leur départ du port de déchargement d'un navire [ou du dernier port de déchargement, selon le cas][9]. En cas de transbordement, les parties exécutantes qui s'acquittent à terre de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre le départ des marchandises d'un port et leur arrivée à un autre port de chargement ne sont pas des parties exécutantes maritimes[10].

g) Le terme "partie exécutante non maritime" désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur avant l'arrivée des marchandises au port de chargement ou après le départ des marchandises du port de déchargement[11].

h) Le terme "chargeur" désigne une personne qui conclut un contrat de transport avec un transporteur.

i) Le terme "expéditeur" désigne une personne qui remet les marchandises au transporteur ou à une partie exécutante à des fins de transport.

j) Le terme "porteur" désigne

i) une personne qui est actuellement en possession d'un document de transport négociable et

a) S'il s'agit d'un document à ordre, y est identifiée comme le chargeur ou le destinataire, ou est la personne au profit de laquelle le document est dûment endossé, ou

---

[7] Liste étoffée aux fins d'harmonisation avec la liste des parties mentionnées à l'article 10.

[8] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

[9] Comme indiqué dans la note 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, l'idée d'inclure dans la définition du terme "partie exécutante maritime" les déplacements terrestres à l'intérieur d'un port a été soutenue; en revanche, selon une opinion largement partagée, les déplacements entre deux ports physiquement distincts devaient être considérés comme entrant dans les attributions d'une partie exécutante non maritime. Cette précision pourrait être apportée par l'insertion ici du membre de phrase "y compris les mouvements terrestres à l'intérieur d'un même port". Il a en outre été suggéré, au paragraphe 31 du document A/CN.9/544, qu'un transporteur ferroviaire, même s'il fournissait des services à l'intérieur d'un port soit considéré comme une partie exécutante non maritime. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette proposition.

[10] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

[11] Comme indiqué dans la note 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, on s'est inquiété de savoir si la définition devait viser les parties exécutantes dans les États non contractants. Il a été dit que ce point, s'il était pertinent compte tenu des préoccupations liées à la pratique consistant à rechercher le for le plus avantageux et à la question de l'exécution des jugements étrangers, pourrait être traité ultérieurement à la lumière de la convention dans son ensemble.

b) S'il s'agit d'un document à ordre endossé en blanc ou d'un document au porteur, est le détenteur dudit document; ou

ii) la personne à laquelle un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été délivré ou transféré et qui a le contrôle exclusif de cet enregistrement[12].

k) Le terme "destinataire" désigne une personne habilitée à prendre livraison des marchandises en vertu d'un contrat de transport, d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport.

l) Le terme "droit de contrôle" a le sens qui lui est donné à l'article 54.

m) Le terme "partie contrôlante" désigne la personne qui, en vertu de l'article 56, est habilitée à exercer le droit de contrôle.

n) Le terme "document de transport" désigne un document émis en vertu d'un contrat de transport par le transporteur ou une partie exécutante qui satisfait à l'une des conditions suivantes ou aux deux:

i) il atteste la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu d'un contrat de transport; ou

ii) il atteste ou contient un contrat de transport.

o) Le terme "document de transport négociable" désigne un document de transport qui indique, par une mention telle que "à ordre" ou "négociable", ou toute autre mention appropriée reconnue comme ayant le même effet par la loi régissant le document, que les marchandises ont été expédiées à l'ordre du chargeur, à l'ordre du destinataire ou au porteur, et qui n'est pas expressément signalé comme étant "non négociable".

p) Le terme "document de transport non négociable" désigne un document de transport qui ne remplit pas les conditions d'un document de transport négociable.

q) Le terme "communication électronique" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, optiques, numériques ou des moyens analogues faisant que l'information communiquée est accessible pour être consultée ultérieurement[13].

---

[12] Texte du paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, tel que révisé pour la suite des débats au paragraphe 207 du document A/CN.9/576.

[13] Clarification proposée pour que le projet de convention n'établisse pas de distinction inutile entre les moyens de transmission et la forme sous laquelle les données sont conservées. La définition de "communication électronique" s'inspire de celle de "message de données" figurant à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 sans toutefois en reprendre la liste illustrative des techniques utilisées. Dans la Loi type, comme dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("projet de convention sur les contrats électroniques", *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), annexe I), seuls les messages de données qui sont "accessibles pour être consultés ultérieurement" peuvent prétendre à la même valeur juridique que les documents écrits sur papier. Dans le présent projet de convention sur les transports, la notion de "communication électronique" incorpore aussi les critères d'équivalence fonctionnelle entre messages de données et documents écrits posés à l'article 6 de la Loi type et

r) Le terme “enregistrement électronique concernant le transport” désigne l’information contenue dans un ou plusieurs messages émis au moyen d’une communication électronique par un transporteur ou une partie exécutante en vertu d’un contrat de transport, y compris l’information logiquement associée à l’enregistrement électronique sous forme de données jointes, ou autrement liée à cet enregistrement au moment de son émission par le transporteur ou une partie exécutante ou ultérieurement, de manière à en faire partie intégrante, qui satisfait à l’une des conditions suivantes ou aux deux:

i) il atteste la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu d’un contrat de transport; ou

ii) il atteste ou contient un contrat de transport[14].

s) Le terme “enregistrement électronique négociable concernant le transport” désigne un enregistrement électronique concernant le transport:

i) qui indique, par des mentions telles que “à ordre” ou “négociable”, ou par d’autres mentions appropriées[15] reconnues comme ayant le même effet par la loi régissant l’enregistrement, que les marchandises ont été expédiées à l’ordre du chargeur ou à l’ordre du destinataire, et qui n’est pas expressément signalé comme étant “non négociable”; et

ii) dont l’utilisation répond aux exigences de l’article 6-1[16].

t) Le terme “enregistrement électronique non négociable concernant le transport” désigne un enregistrement électronique concernant le transport qui ne remplit pas les conditions d’un enregistrement électronique négociable concernant le transport[17].

u) Les termes “émission” et “transfert” d’un enregistrement électronique négociable concernant le transport désignent la remise et le transfert du contrôle exclusif de l’enregistrement. [Une personne a le contrôle exclusif d’un enregistrement électronique concernant le transport si la procédure utilisée conformément à l’article 6 établit de manière fiable que cette personne est celle qui a les droits sur cet enregistrement.][18]

à l’article 9-2 du projet de convention sur les contrats électroniques, de sorte qu’“une communication électronique” dans le cadre du présent projet doit toujours être en mesure de remplir la même fonction que des documents écrits.

[14] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, qui a été approuvé aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[15] Comme indiqué dans la note 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le mot “approprié” est nécessaire, étant donné l’emploi des termes “reconnues comme ayant le même effet” et s’il faudrait harmoniser en conséquence le libellé, similaire, du projet d’article 1 o).

[16] Texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[17] Texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 185 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[18] Texte figurant au paragraphe 207 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 210 de ce même document pour la suite des débats. Comme indiqué au paragraphe 208 de ce document, la

v) Le terme “données du contrat” désigne toute information concernant le contrat de transport ou les marchandises (y compris des conditions, des mentions, des signatures et des endossements), qui figure dans un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport[19].

w) Le terme “marchandises” désigne les objets, marchandises et articles de nature quelconque [qu’un transporteur ou une partie exécutante [a reçus à des fins de transport] [s’engage à transporter en vertu d’un contrat de transport]] et s’entend également de l’emballage et de tout équipement et conteneur non fourni par ou pour le compte du transporteur ou d’une partie exécutante[20].

x) Le terme “navire” désigne tout bâtiment utilisé pour transporter des marchandises par mer[21].

y) Le terme “conteneur” désigne tout type de conteneur, citerne ou plate-forme transportable, caisse mobile ou toute unité de charge similaire utilisée pour grouper des marchandises[22], et tout équipement accessoire à cette unité de charge[23].

z) Le terme “fret” désigne la rémunération due au transporteur pour le transport de marchandises en vertu d’un contrat de transport[24].

aa) Le terme “domicile” désigne le lieu: a) où une société ou autre personne morale [ou un groupement de personnes physiques ou morales] a i) son siège statutaire, son lieu d’incorporation ou son siège inscrit, selon le cas; ii) son administration centrale, ou iii) son établissement principal, et b) où une personne physique a sa résidence habituelle[25].

---

deuxième phrase a été placée entre crochets non pour exprimer une incertitude quant à la nécessité de l’inclure dans le projet de convention, mais pour indiquer simplement qu’il faudrait réfléchir plus avant à sa formulation. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la proposition, faite au paragraphe 209 du document A/CN.9/576, d’exposer l’intention cet alinéa dans une note explicative accompagnant le projet de convention.

[19] Texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 185 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[20] Eu égard à la discussion dans la note 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il est proposé de supprimer les mots “ou une partie exécutante [a reçus à des fins de transport]”.

[21] Définition ajoutée pour clarifier et uniformiser l’emploi des mots “navire” et “bâtiment” en fonction de l’intention de la disposition considérée. “Navire” signifie bâtiment de mer et “bâtiment” désigne tous les autres engins de navigation.

[22] Les variantes “[transportable par mer]” et “[destiné au transport par mer]” ont été supprimées car inutiles puisque ces questions sont traitées dans les articles où elles se posent, à savoir les projets d’articles 64 et 26.

[23] La note accompagnant le projet d’article 64-3 indique qu’il faudrait peut-être examiner plus avant la définition du terme “conteneur” pour faire en sorte qu’elle englobe les palettes. Il est proposé de mentionner les “palettes”, le cas échéant, à l’article 64-3 plutôt qu’ici.

[24] Il est proposé de supprimer cette définition, du fait que le chapitre sur le fret a été lui-même supprimé et que le “fret” est évoqué dans la définition du “contrat de transport” à l’article 1 a).

[25] Modifications proposées au texte figurant au paragraphe 115 du document A/CN.9/576. Il est suggéré de mentionner les groupements car ces entités dotées de la personnalité juridique sont souvent propriétaires de navires mais n’entrent peut-être pas dans la notion d’“autres personnes morales”. Les notions de “lieu d’incorporation” (place of incorporation) et de “siège inscrit” (registered office) ont été ajoutées par sécurité, car la notion de “siège statutaire” n’est pas universellement reconnue. Tous ces changements sont conformes au texte de l’article 60 du

[bb) [Sauf disposition contraire de la présente Convention,] “le moment de réception” et “le lieu de réception” sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de stipulation relative à la réception des marchandises dans ce contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l’absence de telle stipulation dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde[26].]

[cc) [Sauf disposition contraire de la présente Convention,] “le moment de livraison” et “le lieu de livraison” sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de stipulation relative à la livraison des marchandises dans ce contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l’absence de telle stipulation dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du déchargement ou débarquement des marchandises du dernier moyen de transport dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport[27].]

Article 2. Interprétation de la présente Convention[28]

Pour l’interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l’uniformité de son application ainsi que d’assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

Article 3. Conditions de forme[29]

Les avis, confirmations, consentements, conventions, déclarations et autres communications visés aux articles 20-2, 24-1, 24-2, 24-3, 38-1 b) et c), 41 c), 47, 52, 56-1, 63-2, 64-1, 71, 76, 95-1 et 95-6 b) doivent[30] être écrits. Les

---

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale [*Journal officiel* n° L 12 du 16/01/2001], dont s’inspirait la définition initiale.

26 Texte figurant au paragraphe 117 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 120 de ce même document pour la suite des débats. Si cette définition est retenue, le texte devra être aligné sur les projets d’articles 8, 11, 75 et 77.

27 Ibid., voir note 26.

28 Texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

29 Texte figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, avec insertion d’un renvoi aux projets d’articles 20-2, 64-1, 56-1, 63-2, 95-1 et 95-6 b) et modification de la description des types de communication. Le Groupe de travail notera peut-être que la liste n’est pas fermée et devra être étudiée plus avant. Il voudra peut-être aussi examiner s’il est souhaitable d’insérer dans le texte final une note explicative indiquant que tous les avis envisagés dans la présente convention qui ne sont pas inclus dans l’article 3 peuvent être adressés par tout moyen, y compris verbalement, ou par un échange de messages de données qui ne satisfont pas à la définition de “communication électronique”. La définition de “communication électronique” sous-entend que toute communication de ce type doit pouvoir remplir la même fonction que des documents écrits (voir *supra*, note 13).

30 La CNUDCI a pour habitude d’employer, en anglais, le verbe “shall” (généralement traduit en français par le présent de l’indicatif) dans ses instruments. Il semblerait cependant que la pratique moderne en matière de rédaction législative préfère utiliser d’autres formes comme le verbe “must” (“devoir”). Cette approche plus moderne a été suivie dans la présente version du

communications électroniques peuvent être utilisées à ces fins, à condition qu'elles le soient avec le consentement explicite ou implicite de la partie par laquelle elles sont faites et de la partie à laquelle elles sont destinées.

Article 4. Applicabilité des exonérations et limitations[31]

1. Les exonérations et limitations de responsabilité prévues par la présente Convention et les responsabilités imposées par celle-ci sont applicables dans toute action contre le transporteur ou une partie exécutante maritime pour perte ou dommage subi par les marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport et pour retard de livraison de ces marchandises, ou pour manquement à toute autre obligation prévue dans la présente Convention[32], que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle ou autrement[33].

2. Si une action est intentée[34] contre un employé ou un mandataire du transporteur ou d'une partie exécutante maritime, cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu de la présente Convention si [elle prouve qu'][35] elle a agi dans l'exercice de ses fonctions d'employé ou de mandataire.

CHAPITRE 2. COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE

Article 5. Utilisation et effet des communications électroniques[36]

Sous réserve des conditions énoncées dans la présente Convention:

a) Tout ce qui doit figurer dans ou sur un document de transport conformément à la présente Convention peut être enregistré ou communiqué au moyen de communications électroniques[37] utilisées en lieu et place du document de transport, pour autant que l'émission et l'utilisation ultérieure d'un enregistrement

---

projet de convention, mais le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner quelle approche est préférable.

[31] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Cet article a été déplacé du chapitre sur la responsabilité du transporteur pour être inséré dans le chapitre premier (Dispositions générales) car il a trait à l'applicabilité générale et à la préséance du projet de convention et non pas simplement à la responsabilité du transporteur.

[32] Les mots "[ou lié aux marchandises]" semblent être devenus inutiles du fait de l'ajout du passage faisant référence au "manquement à toute autre obligation".

[33] Comme indiqué dans la note 52 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la nature potentiellement redondante de l'article 20-4 et du projet d'article 4 devait être examinée plus avant dans la prochaine version du projet de convention. Les modifications apportées à ces dispositions auront peut-être réglé le problème.

[34] La formule "en vertu de la présente Convention" n'a pas été reprise de la disposition parallèle énoncée à l'article 20-4 car une action contre un employé ou un mandataire ne sera pas intentée sur le fondement de la Convention, ces personnes n'y étant pas soumises, à l'exception de la partie exécutante maritime, visée par l'article 20-4.

[35] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte entre crochets devrait être supprimé afin de réduire la charge de la preuve pesant sur l'employé ou le mandataire.

[36] Texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé au paragraphe 187 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[37] Texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et modifié au paragraphe 187 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

électronique concernant le transport se fassent avec l'accord explicite ou implicite du transporteur et du chargeur; et

b) L'émission, le contrôle ou le transfert d'un enregistrement électronique concernant le transport produit le même effet que l'émission, la possession ou le transfert d'un document de transport.

Article 6. Procédures d'utilisation des enregistrements électroniques négociables concernant le transport[38]

1. L'utilisation d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport doit être soumise à des procédures qui prévoient:

a) La méthode[39] pour délivrer et transférer cet enregistrement au porteur visé;

b) L'assurance que l'enregistrement conservera son intégrité;

c) La façon dont le porteur de l'enregistrement peut démontrer qu'il est le porteur; et

d) La façon dont il est donné confirmation que la livraison au porteur a eu lieu; ou qu'en vertu de l'article 7-2 ou 49 a) ii) l'enregistrement a perdu tout effet ou validité.

2. Les procédures énoncées au paragraphe 1 doivent être mentionnées dans les données du contrat et être aisément vérifiables[40].

Article 7. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport[41]

1. Si un document de transport négociable a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de remplacer ce document par un enregistrement électronique négociable concernant le transport:

a) Le porteur doit remettre le document de transport négociable, ou tous les documents s'il en a été émis plusieurs, au transporteur;

---

[38] Texte figurant au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[39] Texte figurant au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et modifié aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[40] Comme indiqué dans la note 34 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, l'expression "aisément vérifiable" a été employée pour indiquer, sans trop entrer dans le détail, que les procédures requises doivent être accessibles aux parties ayant un intérêt légitime à les connaître avant de prendre un engagement juridique fondé sur la validité de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport. Par ailleurs, il a été noté que le système envisagé fonctionnerait de manière semblable à celui qui régit actuellement l'accès aux conditions des connaissements. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait faire figurer des détails sur la question dans une note ou un commentaire accompagnant le projet de convention.

[41] Texte figurant au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé au paragraphe 189 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

b) Le transporteur doit délivrer au porteur un enregistrement électronique négociable concernant le transport qui comprend une mention indiquant que cet enregistrement est émis en remplacement du document de transport négociable; et

c) Le document de transport négociable perd ensuite tout effet ou validité.

2. Si un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de remplacer cet enregistrement par un document de transport négociable:

a) Le transporteur doit délivrer au porteur, en remplacement de cet enregistrement, un document de transport négociable qui comprend une mention indiquant que ce document est émis en remplacement de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport; et

b) Suite à ce remplacement, l'enregistrement électronique concernant le transport perd tout effet ou validité.

CHAPITRE 3. CHAMP D'APPLICATION[42]

Article 8. Champ d'application général[43]

1. Sous réserve de l'article 9-1, la présente Convention s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison sont situés dans des États différents, et le port de chargement [d'un transport maritime] et le port de déchargement [du même transport maritime] sont situés dans des États différents, lorsque:

a) Le lieu de réception [ou port de chargement] est situé dans un État contractant[44]; ou

b) Le lieu de livraison [ou port de déchargement] est situé dans un État contractant; ou

[c) Le contrat de transport prévoit que la présente Convention, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.][45]

Les références aux [lieux et][46] ports désignent les [lieux et] ports convenus dans le contrat de transport.

---

[42] Pour les chapitres et les articles sans titre, un intitulé a été proposé au Groupe de travail pour examen.

[43] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 62 de ce même document pour la suite des débats.

[44] La CNUDCI a généralement pour habitude d'employer le terme "État contractant" et non "État partie" ou d'autres termes similaires. L'ensemble du projet de convention a été modifié en conséquence.

[45] On pourra se reporter au débat sur cet alinéa, qui est résumé au paragraphe 61 du document A/CN.9/576.

[46] Si l'article premier définit les termes "lieu de réception" et "lieu de livraison", comme il le fait actuellement aux alinéas bb) et cc), il sera alors nécessaire de se référer aux "lieux".

2. La présente Convention s'applique quelle que soit la nationalité du bâtiment, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.

Article 9. Exclusions et inclusions particulières[47]

1. La présente Convention ne s'applique pas:

a) Aux chartes-parties;

b) Aux contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire;

c) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, aux autres contrats de transport non régulier; et

d) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, aux contrats de tonnage.

2. Sans préjudice des alinéas a) et b) du paragraphe 1, la présente Convention s'applique aux contrats de transport non régulier lorsqu'ils sont constatés par ou contenus dans un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui atteste également la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante, sauf entre les parties à une charte-partie ou à un contrat d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire.

3. a) La présente Convention s'applique aux clauses qui régissent chaque expédition effectuée en vertu d'un contrat de tonnage dans la mesure où les dispositions du présent chapitre le spécifient.

b) La présente Convention s'applique aux clauses d'un contrat de tonnage dans la mesure où elles régissent une expédition effectuée dans le cadre d'un contrat de tonnage qui est régi par la présente Convention en vertu de l'alinéa a).

Article 10. Application à certaines parties[48]

Nonobstant l'article 9, si un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 9-1 b) ou c), la présente Convention s'applique au contrat que ce document ou cet enregistrement atteste ou contient, dans les relations entre le transporteur et l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante, le porteur ou la personne visée à l'article 34 autre que l'affréteur ou la partie au contrat visé à l'article 9-1 b) ou c).

---

[47] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 66 de ce même document pour la suite des débats.

[48] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 73 de ce même document pour la suite des débats. Il faudra tenir compte de la possibilité d'insérer un renvoi au projet d'article 9-1 d) à la fin du projet d'article 10 et d'apporter tout éclaircissement nécessaire sur le traitement des récépissés.

CHAPITRE 4. DURÉE DE LA RESPONSABILITÉ[49]

Article 11. Durée de la responsabilité du transporteur

1. Sous réserve de l'article 12, le transporteur est responsable des marchandises en vertu de la présente Convention entre le moment où le transporteur ou une partie exécutante a reçu celles-ci pour les transporter et le moment où elles sont livrées au destinataire.

2. Le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut d'une telle convention, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence d'une telle convention ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde.

3. Si l'expéditeur est tenu de remettre les marchandises au lieu de réception à une autorité ou à un autre tiers auquel, en vertu de la loi ou réglementation applicable, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le transporteur pourra les retirer, le moment et le lieu auxquels le transporteur retire les marchandises auprès de cette autorité ou de cet autre tiers sont considérés comme le moment et le lieu de réception des marchandises par le transporteur conformément au paragraphe 2[50].

4. Le moment et le lieu de livraison des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut d'une telle convention, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence d'une telle convention ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du déchargement ou débarquement des marchandises du dernier moyen de transport dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport.

5. Si le transporteur est tenu de remettre les marchandises au lieu de livraison à une autorité ou à un autre tiers auquel, en vertu de la loi ou réglementation applicable, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le destinataire pourra les retirer, cette remise constitue une livraison des marchandises par le transporteur au destinataire conformément au paragraphe 4.

6. Afin de déterminer la durée de la responsabilité du transporteur et sous réserve de l'article 14-2, le contrat de transport ne peut pas prévoir que:

a) Le moment de réception des marchandises est postérieur au commencement de leur chargement initial conformément au contrat; ou

b) Le moment de livraison des marchandises est antérieur à l'achèvement de leur déchargement final conformément au contrat[51].

---

[49] Modifications apportées au texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32

[50] Ce paragraphe est proposé pour traiter les cas où l'expéditeur doit remettre les marchandises à une autorité, par exemple la douane, avant que celles-ci soient remises au transporteur. Cette disposition fait pendant au paragraphe 5.

[51] Le paragraphe 6 est proposé pour empêcher toute fiction dans le contrat de transport qui viserait à réduire la durée de la responsabilité du transporteur.

Article 12. Transport sortant du contrat de transport[52]

Variante A de l'article 12[53]

1. Les parties peuvent convenir expressément dans le contrat de transport que, pour une ou plusieurs parties spécifiées du transport des marchandises, le transporteur, faisant office de mandataire, fera assurer le transport par un ou plusieurs autres transporteurs.

2. Dans ce cas, le transporteur doit exercer une diligence raisonnable pour sélectionner l'autre transporteur, conclure avec celui-ci un contrat aux conditions usuelles et normales, et faire tout ce qui est raisonnablement requis pour lui permettre de s'acquitter dûment de son contrat.

Variante B de l'article 12[54]

À la demande du chargeur, le transporteur peut accepter d'émettre un document de transport unique ou un enregistrement électronique concernant le transport qui inclut un transport spécifié non couvert par le contrat de transport. Dans ce cas, la responsabilité du transporteur s'étend sur la durée du contrat de transport et, sauf convention contraire, le transporteur, au nom du chargeur, doit organiser le transport supplémentaire comme prévu dans ce document de transport ou cet enregistrement électronique concernant le transport.

CHAPITRE 5. OBLIGATIONS DU TRANSPORTEUR

Article 13. Transport et livraison des marchandises

Le transporteur, sous réserve de la présente Convention et conformément aux clauses du contrat de transport, doit transporter[55] les marchandises jusqu'au lieu de destination et les livrer au destinataire.

Article 14. Obligations particulières

1. Le transporteur doit, pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est définie à l'article 11 et sous réserve de l'article 27, assurer de façon appropriée et

---

[52] Proposition d'amélioration du titre. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article 12 a bien sa place dans le chapitre 4 sur la durée de la responsabilité.

[53] La variante A correspond à l'article 12 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[54] La première phrase de la variante B vise à clarifier le paragraphe 1 de la variante A. La deuxième phrase modifie le paragraphe 2 de la variante A en ce que le transporteur n'assume plus, dans l'organisation de ce transport supplémentaire, une obligation de diligence raisonnable mais l'obligation convenue dans le contrat de transport ou ailleurs.

[55] Il est proposé de supprimer les mots "[de façon appropriée et soigneuse]" car inutiles et répétitifs du fait que la formule "sous réserve de la présente Convention" sous-entend déjà un transport approprié et soigneux. En outre, le projet d'article 13 se veut une obligation générale, renforcée par les articles suivants.

soigneuse la réception[56], le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, le soin, le déchargement et la livraison des marchandises.

[2. Les parties peuvent convenir que le chargement, l'arrimage et le déchargement des marchandises seront exécutés par le chargeur ou toute personne mentionnée à l'article 35, la partie contrôlante ou le destinataire. Cette convention doit être mentionnée dans les données du contrat.][57]

Article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses

Variante A[58]

Nonobstant les articles 13, 14 et 16-1, le transporteur peut refuser de charger, ou peut décharger, détruire ou neutraliser les marchandises ou prendre toute autre mesure raisonnable si celles-ci présentent, ou risquent selon toute vraisemblance, pendant la durée de sa responsabilité, de présenter effectivement un danger pour des personnes ou des biens ou un danger illicite ou inacceptable pour l'environnement.

Variante B[59]

Nonobstant les articles 13, 14 et 16-1, le transporteur peut décharger, détruire ou neutraliser des marchandises si celles-ci deviennent effectivement un danger pour les personnes ou les biens.

Article 16. Obligations particulières applicables au voyage par mer[60]

1. Le transporteur est tenu avant, au début et pendant[61] le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour:

a) Mettre et maintenir le navire en état de navigabilité;

---

[56] La "réception" et la "livraison" ont été ajoutées afin qu'elles soient reconnues comme des obligations incombant au transporteur.

[57] Comme mentionné dans la note 47 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il est dit au paragraphe 127 du document A/CN.9/510 qu'on a décidé de mettre la disposition entre crochets pour indiquer que le Groupe de travail devrait revenir sur la question des clauses BAB (bord à bord) et FIOS (bord à bord et arrimage) et, en particulier, examiner leur lien avec les dispositions sur la responsabilité du transporteur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir cette disposition en fonction des modifications apportées aux articles 13 et 14-1.

[58] Cette variante est fondée sur le texte initial du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.21).

[59] La variante B se fonde sur les principes énoncées dans l'article 13 des Règles de Hambourg concernant les pouvoirs du transporteur dans une situation d'urgence survenant lors du transport de marchandises dangereuses.

[60] Texte tel qu'il figure au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, notes comprises.

[61] Comme indiqué dans la note 55 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a convenu que l'obligation du transporteur d'exercer une diligence raisonnable pour assurer l'état de navigabilité du navire devrait être une obligation continue et que, par conséquent, il fallait supprimer tous les crochets dans le projet d'article 16-1 et conserver le texte placé entre ces crochets. Il a convenu en outre que le fait de donner à cette obligation un caractère continu modifiait la répartition des risques entre le transporteur et les personnes ayant un droit sur les marchandises dans le projet de convention et que le Groupe de travail devait veiller à en tenir compte lors de l'examen des autres dispositions du projet.

b) Convenablement armer[62], équiper et approvisionner le navire et le maintenir armé[63], équipé et approvisionné tout au long du voyage[64];

c) Mettre et maintenir les cales et toutes autres parties du navire où les marchandises sont chargées, y compris les conteneurs éventuellement fournis par lui dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées, dans un état approprié et sûr pour leur réception, transport et conservation.

[2. Nonobstant les articles 13, 14 et 16-1, le transporteur peut sacrifier des marchandises lorsque ce sacrifice s'effectue de manière raisonnable pour le salut commun ou pour protéger d'un péril[65] la vie humaine ou[66] d'autres biens engagés dans l'aventure commune][67].

CHAPITRE 6. RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR POUR PERTE, DOMMAGE OU RETARD

Article 17. Fondement de la responsabilité[68]

1. Le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard à la livraison, si le demandeur prouve que:

a) La perte, le dommage ou le retard; ou

b) L'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard ou y a contribué

s'est produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur telle que celle-ci est définie au chapitre 4. Le transporteur est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage

---

[62] Comme indiqué dans la note 56 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, il a été proposé, d'un point de vue rédactionnel, d'envisager, dans la version anglaise, de remplacer le membre de phrase "man ... the ship" par des mots sans connotation de genre, tels que "crew" ou "staff". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette proposition.

[63] Ibid.

[64] Comme indiqué dans la note 58 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'apporter les changements nécessaires à l'alinéa b) pour faire en sorte qu'il soit clair que cette obligation a un caractère continu. L'inclusion du membre de phrase "tout au long du voyage" devrait permettre d'atteindre cet objectif. Une autre solution serait d'insérer les mots "et continuellement" après le mot "Convenablement".

[65] Comme indiqué dans la note 59 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier la proposition de mentionner la présence d'un danger imminent. Il faudrait toutefois veiller à ne pas porter atteinte aux règles relatives aux avaries communes ni les modifier. Conformément au texte de la Règle A des Règles d'York et d'Anvers de 1994, on a ajouté "d'un péril" après le mot "protéger".

[66] Comme indiqué dans la note 60 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier la proposition de mentionner la protection de la vie humaine. L'expression "la vie humaine" a donc été ajoutée avant le membre de phrase "ou d'autres biens".

[67] Comme indiqué dans la note 61 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a décidé de conserver au même endroit entre crochets le projet d'article 16-2 en vue d'examiner ultérieurement s'il y a lieu de le transférer au chapitre 18 relatif aux avaries communes.

[68] Texte tel qu'il figure aux paragraphes 31 et 75 du document A/CN.9/572 et tel qu'il a été largement accepté aux paragraphes 33 et 80 de ce même document.

ou du retard n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19.

2. Si le transporteur, au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 1, prouve qu'un des événements énumérés au paragraphe 3 a causé la perte, le dommage ou le retard ou y a contribué, il est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité sous réserve des dispositions suivantes:

a) Si le demandeur prouve que la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 19 a causé l'événement invoqué par le transporteur ou y a contribué, le transporteur est responsable de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard.

b) Si le demandeur prouve qu'un événement autre que ceux énumérés au paragraphe 3 a contribué à la perte, au dommage ou au retard, et si le transporteur ne peut prouver que cet événement n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19, le transporteur est responsable en partie de la perte, du dommage ou du retard.

c) Le transporteur est responsable de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard si le demandeur prouve que les circonstances suivantes ont effectivement ou probablement causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou y ont effectivement ou probablement contribué:

i) le navire n'était pas en état de navigabilité;

ii) le navire n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné; ou

iii) les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur, dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) n'étaient pas dans un état approprié et sûr pour leur réception, transport et conservation,

et si le transporteur ne peut prouver:

A) qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 16-1; ou

B) que la perte, le dommage ou le retard n'a pas été causé par l'une quelconque des circonstances mentionnées aux sous-alinéas i), ii) et iii) ci-dessus.

3. Les événements visés au paragraphe 2 sont les suivants:

a) Acte de Dieu;

b) Périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;

c) Guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

d) Restrictions de quarantaine; intrusion ou obstacles de la part de gouvernements, d'autorités publiques, de dirigeants ou de la population, y compris

une immobilisation, une saisie conservatoire ou une saisie exécutoire non imputable au transporteur ou à l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19[69];

e) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

f) Incendie à bord du navire;

g) Vices cachés du [navire] [bâtiment] [moyen de transport][70] échappant à une diligence raisonnable;

h) Acte ou omission du chargeur ou de toute personne mentionnée à l'article 35[71], de la partie contrôlante ou du destinataire;

i) Manutention, chargement, [arrimage] ou déchargement[72] des marchandises [effectivement réalisé] par le chargeur ou toute personne mentionnée à l'article 35[73], la partie contrôlante ou le destinataire[74];

j) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant de la nature, d'un défaut ou d'un vice propre des marchandises;

k) Insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou du marquage non réalisé par le transporteur [ou en son nom];

l) Sauvetage ou tentative de sauvetage de vies en mer;

m) Mesures raisonnables visant à sauver ou tenter de sauver des biens en mer;

n) Mesures raisonnables visant à éviter ou tenter d'éviter un dommage à l'environnement;

[o) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante dans l'exercice des pouvoirs conférés par les articles 15 et 16-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées.][75]

4. Lorsque le transporteur est dégagé d'une partie de sa responsabilité en vertu des paragraphes précédents du présent article, il n'est responsable que de la partie de la perte, du dommage ou du retard qui est imputable à l'événement ou à la situation dont il est responsable en vertu des précédents paragraphes, et la responsabilité doit être répartie sur la base fixée aux paragraphes précédents.

---

[69] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 19 est nécessaire.

[70] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner lequel de ces termes entre crochets doit être employé dans cet alinéa.

[71] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 35 est nécessaire.

[72] En anglais, le mot "discharging" est proposé aux fins d'harmonisation avec le libellé du projet d'article 14.

[73] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 35 est nécessaire.

[74] Comme il est dit au paragraphe 76 du document A/CN.9/572, le Groupe de travail est convenu d'accompagner l'alinéa i) d'une note de bas de page indiquant que le texte final de cet alinéa dépendrait de l'issue de ses délibérations concernant le projet d'article 14-2.

[75] Le Groupe de travail pourrait revoir cette disposition à la lumière du traitement prévu au projet d'article 33.

Article 18. Responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions[76]

Le transporteur est responsable[77] de la perte, du dommage [, du retard][78] ou du préjudice corporel causé par le non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 29, sauf si [et dans la mesure où] il prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19 n'a causé cette perte, ce dommage [, ce retard] ou ce préjudice corporel [ou n'y a contribué].

Article 19. Responsabilité du transporteur du fait d'autrui[79]

1. Sous réserve de l'article 20-4[80], le transporteur répond des actes et omissions de:

a) Toute partie exécutante; et

b) De toute autre personne, y compris les sous-traitants, employés[81] et mandataires d'une partie exécutante, qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où cette personne agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions.

2. Le transporteur n'est responsable en vertu du paragraphe 1 que lorsque cette partie exécutante ou cette autre personne a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

Article 20. Responsabilité des parties exécutantes maritimes[82]

1. Une partie exécutante maritime assume les obligations et responsabilités imposées et bénéficie des droits et exonérations conférés au transporteur par la présente Convention si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu a) pendant la période où elle a la garde des marchandises; ou b) à tout autre

---

[76] Texte tel qu'il figure au paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises. Comme indiqué dans la note 85 de ce document, les aspects des projets d'articles 31 et 33 ayant trait à la responsabilité du transporteur ont été regroupés dans un "article 18", en vue d'un éventuel placement ici.

[77] Voir *infra*, note 125.

[78] Voir *infra*, note 127.

[79] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

[80] Comme indiqué dans la note 63 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a décidé de conserver ce membre de phrase bien qu'il ait été proposé de le remplacer par les mots "Sous réserve de la responsabilité du transporteur et des limites de responsabilité dont celui-ci peut se prévaloir" étant donné que le projet d'article 19 traitait des actions intentées contre le transporteur, tandis que le projet d'article 20-4 traitait des actions intentées contre toute personne autre que le transporteur.

[81] Comme indiqué dans la note 64 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, s'agissant de la rédaction, il pourrait être nécessaire d'examiner de plus près la possibilité de traiter séparément les employés (pour lesquels la responsabilité du transporteur contractant devrait être très étendue) et les sous-traitants (pour lesquels sa responsabilité pourrait être dans une certaine mesure plus restreinte).

[82] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport.

2. Si le transporteur accepte d'assumer des obligations autres que celles qui lui sont imposées par la présente Convention ou s'il accepte que sa responsabilité en cas de retard de livraison, de perte ou de dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises soit plus élevée que les limites imposées par les articles 65, 64[83] et 26-4, une partie exécutante maritime n'est pas liée par cette acceptation à moins qu'elle ne consente expressément à ces obligations ou ces limites.

3. Sous réserve du paragraphe 4, une partie exécutante maritime répond des actes et omissions de toute personne à laquelle elle a délégué l'exécution de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, y compris ses sous-traitants, employés et mandataires, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Une partie exécutante maritime n'est tenue responsable en vertu du présent paragraphe que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire[84].

Variante A du paragraphe 4[85]

4. Si une action en vertu de la présente Convention est intentée contre une partie exécutante maritime, cette partie peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu de la présente Convention si elle [prouve qu'elle][86] a agi dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

Variante B du paragraphe 4

4. Si une action en vertu de la présente Convention est intentée contre toute personne, autre que le transporteur, mentionnée à l'article 19 ou au paragraphe 3 [, y compris des employés ou mandataires du transporteur

---

[83] Comme indiqué dans la note 69 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a pris note de la proposition visant à restreindre le renvoi au projet d'article 64, car, a-t-on déclaré, si le renvoi aux paragraphes 1, 3 et 4 de ce projet d'article était acceptable, il ne fallait pas mentionner le paragraphe 2, du fait que la partie exécutante n'était pas responsable en cas de dommage non localisé. Le Groupe de travail a décidé qu'il devrait peut-être examiner plus avant cette proposition une fois qu'il aurait pris une décision quant à l'inclusion du paragraphe 2 du projet d'article 64 dans le projet de convention.

[84] Comme indiqué dans la note 74 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a réaffirmé que la structure de ce paragraphe devrait faire pendant à celle du nouveau projet d'article 19 et a pris note, en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure, des opinions exprimées quant au fait de savoir si le projet d'article 20-3 devrait s'appliquer aux parties exécutantes tant maritimes que non maritimes.

[85] Variante proposée pour répondre au souhait exprimé par le Groupe de travail, comme indiqué dans la note 77 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, d'examiner une variante limitant le champ d'application de ce paragraphe au domaine maritime, compte tenu du texte proposé pour l'article 4-2, qui fait pendant à ce paragraphe mais dans le contexte des employés et des mandataires.

[86] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte entre crochets devrait être supprimé pour réduire la charge de la preuve pesant sur la partie exécutante maritime.

contractant ou d'une partie exécutante maritime][87], cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu de la présente Convention si elle [prouve qu'elle][88] a agi dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

Article 21. Responsabilité solidaire et compensation[89]

1. Si le transporteur et une ou plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables[90] de la perte, du dommage ou du retard de livraison subi par les marchandises, ils assument une responsabilité solidaire [, de sorte que chacun d'entre eux est tenu de réparer la totalité de cette perte, de ce dommage ou de ce retard, sans préjudice du droit d'action récursoire qu'ils pourraient avoir contre d'autres parties responsables,][91] mais uniquement dans les limites prévues aux articles 22, 26 et 64.

2. Sans préjudice de l'article 66, le montant total de la responsabilité de ces personnes ne doit pas dépasser les limites globales de responsabilité prévues dans la présente Convention.

[3. Lorsqu'un demandeur a obtenu gain de cause contre une partie exécutante non maritime pour la perte, le dommage ou le retard de livraison subi par les marchandises, le montant qu'il perçoit est déduit de toute demande en réparation de

---

[87] Comme indiqué dans la note 80 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail voudra peut-être examiner, pour le début du paragraphe qui se termine par "cette personne", le texte simplifié suivant: "Si une action en vertu de la présente Convention est intentée contre toute partie exécutante maritime [, y compris ses sous-traitants, employés ou mandataires,] cette personne ...".

[88] Voir *supra*, note 86.

[89] Texte tel qu'il figure au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises.

[90] Comme indiqué dans la note 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudrait limiter le champ d'application de ce paragraphe aux parties exécutantes maritimes. Ce projet de paragraphe ayant été déplacé pour former un projet d'article distinct, on a modifié, à des fins de clarté, le membre de phrase "Si plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables" figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 en "Si le transporteur et une ou plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables". Le Groupe de travail souhaitera peut-être également se demander si cette clarification atténue les préoccupations soulevées au paragraphe 14 du document A/CN.9/552, à l'exception de celles ayant trait à la compensation, qui est traitée au paragraphe 3 du projet d'article 21.

[91] Comme indiqué dans la note 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le membre de phrase entre crochets a été ajouté afin de clarifier la signification de l'expression "responsabilité solidaire". Cependant, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'usage qui est fait de cette expression dans de nombreux instruments internationaux, notamment à l'article 10-4 des Règles de Hambourg; à l'article 27-4 des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, telles qu'amendées par le Protocole de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); à l'article 4-5 de la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure, 2000 ("CMNI"); à l'article 30-3 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, telle qu'amendée par les protocoles de 1955 et 1975 ("Convention de Varsovie"); et à l'article 36-3 de la Convention concernant l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Montréal 1999 ("Convention de Montréal").

cette perte, de ce dommage ou de ce retard qu'il forme par la suite contre un transporteur ou une partie exécutante maritime.][92]

Article 22. Retard[93]

Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai expressément convenu ou, en l'absence d'une telle convention, dans le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent, compte tenu des conditions du contrat, des caractéristiques du transport et des circonstances du voyage par mer ou autre[94].

Article 23. Calcul de la réparation[95]

1. Sous réserve de l'article 64, la réparation due par le transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises est calculée par référence à la valeur de ces marchandises au lieu et au moment de livraison prévus par l'article 11.

2. La valeur des marchandises est déterminée d'après le cours en bourse ou, à défaut, d'après leur valeur marchande ou, à défaut de l'un et de l'autre, d'après la valeur usuelle de marchandises de même nature et qualité au lieu de livraison.

3. En cas de perte ou de dommage subi par les marchandises, le transporteur n'est tenu au paiement d'aucune réparation dépassant ce qui est prévu aux paragraphes 1 et 2 sauf lorsque le transporteur et le chargeur sont convenus de calculer la réparation d'une autre manière dans les limites du chapitre 20.

Article 24. Avis de perte, de dommage ou de retard[96]

[Variante A du paragraphe 1[97]

1. Le transporteur est présumé, en l'absence de preuve contraire, avoir livré les marchandises telles que celles-ci sont décrites dans les données du contrat,

---

[92] Comme indiqué dans la note 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, une version révisée a été élaborée dans l'attente de la poursuite du débat concernant l'établissement d'une règle uniforme relative à la compensation ou le renvoi de cette question au droit interne. Voir aussi *supra*, note 90. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce paragraphe est nécessaire ou s'il peut être supprimé.

[93] Modifications apportées au texte figurant dans le paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[94] Le paragraphe 2 de l'article 22 (anciennement paragraphe 2 de l'article 16 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32) a été déplacé pour devenir l'article 65 dans le nouveau chapitre sur la limitation de la responsabilité.

[95] Texte tel qu'il figure dans le paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[96] Modifications apportées au texte figurant dans le paragraphe 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[97] Comme indiqué dans la note 39 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte initial et la version révisée du paragraphe 1, suggérée au paragraphe 66 du document A/CN.9/552, ont été placés entre crochets en vue d'un débat ultérieur. La variante A du paragraphe 1 correspond au texte qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, exception faite de la suppression des mots "[un délai raisonnable]" comme décidé au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, et des ajouts notés.

à moins qu'un avis[98] de perte ou de dommage subi par les marchandises[99] indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage n'ait été donné [par le destinataire ou en son nom] au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises avant la livraison ou au moment de la livraison ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables] [sept jours] [sept jours ouvrables au lieu de livraison] [sept jours consécutifs] suivant la livraison des marchandises. Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection commune[100] des marchandises effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée.]

[Variante B du paragraphe 1[101]

1. Un avis de perte ou de dommage subi par les marchandises[102] indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage doit être donné [par le destinataire ou en son nom] au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises avant la livraison ou au moment de la livraison ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables][103] [les ... jours ouvrables au lieu de livraison] [les ... jours consécutifs] suivant la livraison des marchandises. [Un tribunal [peut] [doit] tenir compte de l'absence d'un tel avis lorsqu'il détermine si le demandeur s'est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombe conformément à l'article 17-1.] Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection commune des marchandises effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée.]

2. Aucune réparation n'est due en vertu de l'article 22 à moins qu'un avis de perte résultant d'un retard n'ait été donné au transporteur dans un délai de 21 jours consécutifs à compter de la livraison des marchandises.

3. Lorsque l'avis mentionné dans le présent article est donné à la partie exécutante qui a livré les marchandises, il a le même effet que s'il avait été donné au transporteur, et un avis donné au transporteur a le même effet qu'un avis donné à une partie exécutante maritime.

4. En cas de perte ou de dommage certain ou présumé, les parties à la demande ou au litige doivent se donner réciproquement toutes les facilités raisonnables pour

---

98 Comme indiqué dans la note 40 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 3 du projet de convention dispose que l'avis mentionné, notamment, au paragraphe 1 peut être donné au moyen d'une communication électronique; autrement, il doit être communiqué par écrit.

99 Le membre de phrase entre crochets a été supprimé car inutile dans ce paragraphe.

100 Comme indiqué dans la note 43 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a estimé, au paragraphe 95 du document A/CN.9/525, que l'expression "inspection contradictoire", en anglais "concurrent inspection", conviendrait peut-être mieux pour les pays de droit romano-germanique.

101 Comme indiqué dans la note 44 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B du paragraphe 1 correspond au texte figurant au paragraphe 66 du document A/CN.9/552.

102 Voir *infra*, note 212.

103 Comme indiqué au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "un délai raisonnable" du texte initial dont s'inspire cette variante.

procéder à l'inspection et au pointage des marchandises et doivent donner accès aux enregistrements et documents concernant le transport des marchandises.

CHAPITRE 7. DISPOSITIONS SUPPLÉMENTAIRES RELATIVES À DES ÉTAPES PARTICULIÈRES DU TRANSPORT

Article 25. Déroutement durant le transport par mer

[Variante A[104]

1. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à un déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies [ou des biens] en mer [ou à tout autre déroutement [raisonnable]].

2. Lorsque, dans la législation nationale, un déroutement constitue en soi un manquement de la part du transporteur, un tel manquement n'a d'effet que conformément aux dispositions de la présente Convention[105].]

[Variante B[106]

1. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à un déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies ou des biens en mer ou à tout autre déroutement raisonnable.

2. Dans la mesure où un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur selon une théorie juridique reconnue par la législation nationale ou dans la présente Convention, cette théorie ne s'applique que lorsqu'il y a eu déroutement déraisonnable d'un navire.

3. Lorsqu'un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur, ce manquement n'a effet que conformément aux dispositions de la présente Convention. En particulier, un déroutement ne prive pas le transporteur des droits que lui confère la présente Convention, sauf dans la mesure prévue à l'article 66.]

Article 26. Marchandises en pontée sur des navires[107]

1. Les marchandises ne peuvent être transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont d'un navire que si

---

[104] Comme indiqué dans la note 59 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante A correspond au projet d'article figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[105] Comme indiqué dans la note 60 du document A/CN.9/WG.III/WP.39 et dans la note 112 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, une variante de ce paragraphe serait la suivante:

> "Lorsque, dans la législation nationale, un déroutement constitue en soi un manquement de la part du transporteur, un tel manquement ne priverait le transporteur ou une partie exécutante d'aucune exonération ni limitation prévue par la présente Convention."

Dans l'hypothèse où ce libellé serait retenu, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le paragraphe 1 est nécessaire.

[106] Comme indiqué dans la note 61 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B correspond au projet d'article proposé au paragraphe 38 du document A/CN.9/WG.III/WP.34.

[107] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 13 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

a) Ce transport est exigé par les lois ou les règles ou règlements administratifs applicables; ou

b) Elles sont transportées dans ou sur des conteneurs [adaptés au transport de marchandises en pontée] sur des ponts qui sont spécialement équipés pour transporter de tels conteneurs; ou

c) [Dans les cas non visés par les alinéas a) ou b) du présent paragraphe,] le transport en pontée soit est effectué conformément [au contrat de transport ou] aux coutumes, usages et pratiques du commerce, soit découle d'autres usages ou pratiques du commerce en question.

2. Si les marchandises ont été expédiées conformément aux alinéas a) ou c) du paragraphe 1, le transporteur n'est pas responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ni du retard de livraison qui résultent des risques spéciaux que comporte leur transport en pontée. Si les marchandises sont transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1, le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison, conformément aux dispositions de la présente Convention, sans qu'il soit tenu compte du fait qu'elles ont été transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont. Si les marchandises sont transportées en pontée dans des cas autres que ceux autorisés par le paragraphe 1, le transporteur est responsable, indépendamment de l'article 17, de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison qui résultent exclusivement de leur transport en pontée[108].

3. Si les marchandises ont été expédiées conformément à l'alinéa c) du paragraphe 1, le fait que certaines marchandises sont transportées en pontée doit être indiqué dans les données du contrat. Si tel n'est pas le cas, le transporteur assume la charge de prouver que le transport en pontée est effectué conformément à cet alinéa c) et, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis, il n'a pas le droit de se prévaloir de cet alinéa contre un tiers qui a obtenu ce document ou cet enregistrement de bonne foi[109].

[4. Si le transporteur est responsable en vertu du présent article de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées en pontée ou du retard de livraison de ces marchandises, sa responsabilité est limitée comme prévu aux articles 22, 64 et 66-1; cependant, si le transporteur et le chargeur ont [expressément] convenu que les marchandises seraient transportées en cale, le transporteur n'a pas le droit de limiter sa responsabilité pour une perte ou un dommage subi par les marchandises

---

[108] Comme indiqué dans la note 63 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudra peut-être examiner de plus près le paragraphe 2 conjointement avec le projet d'article 17-4; cependant, les changements apportés à ce dernier rendront peut-être cet examen inutile.

[109] Comme indiqué dans la note 64 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la discussion sur le paragraphe 3 et sur le point de savoir s'il devrait s'appliquer aux cas où des tiers se fieraient à des documents de transport non négociables ou à des enregistrements électroniques non négociables concernant le transport se poursuivrait après l'examen de la question des droits des tiers et de la liberté contractuelle.

[[qui résulte exclusivement] [dans la mesure où ce dommage résulte]de leur transport en pontée][110].][111]

[*Article 27. Transport précédant ou suivant un transport par mer*

1. Lorsqu'une demande ou un différend naît de la perte, du dommage ou du retard subi par les marchandises intervenant uniquement pendant la durée de la responsabilité du transporteur mais:

a) Avant leur chargement sur le navire;

b) Après leur déchargement du navire jusqu'au moment de leur livraison au destinataire;

et qu'au moment de cette perte, de ce dommage ou de ce retard, des dispositions d'une convention internationale [ou de la législation nationale]:

i) s'appliquent, selon leurs termes, à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur en vertu du contrat de transport pendant cette période, [indépendamment du fait de savoir si l'émission d'un quelconque document est nécessaire pour rendre cette convention internationale applicable][112]; et

ii) prévoient expressément la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir; et

iii) ne peuvent être écartées par contrat privé soit en aucun cas, soit au détriment du chargeur;

ces dispositions, dans la mesure où elles sont impératives comme indiqué au sous-alinéa iii) ci-dessus, l'emportent sur les dispositions de la présente Convention.]

[2. Le paragraphe 1 n'a pas d'incidence sur l'application de l'article 64-2[113].]

[3. L'article 27 s'applique indépendamment de la législation nationale normalement applicable au contrat de transport[114].]

---

110 Comme indiqué dans la note 67 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, les mots "qui résulte exclusivement de leur transport en pontée" ont été mis entre crochets. Une autre variante a été ajoutée.

111 Comme indiqué dans la note 69 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a placé entre crochets l'ensemble du paragraphe 4 pour poursuivre le débat à une prochaine session et étudier de plus près sa relation avec le projet d'article 66.

112 Comme indiqué dans la note 55 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, le texte entre crochets reflète la situation dans la Convention de 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires ("COTIF"). Une fois entré en vigueur le protocole de 1999 portant modification de la COTIF, normalement à l'automne 2005, le Groupe de travail souhaitera peut-être supprimer ce texte.

113 Si l'article 64-2 est supprimé, ce paragraphe devrait l'être aussi.

114 Comme indiqué au paragraphe 54 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, ce paragraphe énonce une règle de conflit visant à préserver l'applicabilité des conventions régissant le transport intérieur. De plus, comme l'indiquent les notes 42 et 231 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été demandé, à la lumière du projet d'article 27, qu'une disposition sur le conflit de conventions soit insérée au chapitre 19. Le projet d'article 89 a été inséré en réponse à cette

CHAPITRE 8. OBLIGATIONS DU CHARGEUR

Article 28. Remise des marchandises pour le transport[115]

Le chargeur doit remettre les marchandises prêtes pour le transport à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport et dans un état tel qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention, d'arrimage, de saisissage, de fixation et de déchargement dont elles feront l'objet, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel. Lorsque les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque empotés par le chargeur, celui-ci doit les arrimer, les saisir et les fixer dans ou sur le conteneur ou la remorque de telle manière qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention et de déchargement du conteneur ou de la remorque, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel[116].

Article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions[117]

Le transporteur doit fournir au chargeur, à sa demande [et en temps utile][118], les informations dont il a connaissance et les instructions qui sont raisonnablement nécessaires au chargeur ou importantes pour lui afin de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28[119]. [Les informations et instructions données doivent être exactes et complètes[120].]

Article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents[121]

Le chargeur doit fournir au transporteur [en temps utile] les informations, instructions et documents [exacts et complets][122] qui sont raisonnablement nécessaires pour:

---

demande.

[115] Texte figurant dans le paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises.

[116] Comme indiqué dans la note 71 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, pour améliorer le libellé comme suggéré aux paragraphes 122 et 123 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier, pour la deuxième phrase du projet d'article 28, la variante suivante:

> "Lorsque les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque empotés par le chargeur, cette obligation englobe l'arrimage, le saisissage et la fixation des marchandises dans ou sur le conteneur ou la remorque."

[117] Texte tel qu'il figure au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises.

[118] Comme indiqué dans la note 72 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'ancien projet d'article 28 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 a été supprimé et remplacé par une mention, dans le projet d'article 29, du fait que le chargeur devrait fournir "[en temps utile]" les informations et instructions requises.

[119] Comme indiqué dans la note 73 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudra peut-être examiner plus avant la variante proposée au paragraphe 128 du document A/CN.9/552, à savoir "à moins que le transporteur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du chargeur".

[120] Comme indiqué dans la note 74 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, cette phrase entre crochets a été ajoutée pour la suite des débats.

[121] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[122] Comme indiqué dans la note 75 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a ajouté, en vue de la

a) La manutention et le transport des marchandises, y compris les précautions devant être prises par le transporteur ou une partie exécutante, excepté dans la mesure où le chargeur peut raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur[123];

b) Le respect des règles, règlements et autres exigences des autorités concernant le transport prévu, y compris les déclarations, demandes et autorisations concernant les marchandises;

c) La compilation des données du contrat et l'émission des documents de transport ou des enregistrements électroniques concernant le transport, y compris les renseignements visés à l'article 38-1 b) et c), le nom de la partie devant être identifiée comme le chargeur dans les données du contrat, le nom du destinataire éventuel et le nom de la personne à l'ordre de laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport doit éventuellement être émis, à moins que le chargeur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur.

Article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur[124]

1. Le chargeur est responsable[125] de[126] la perte, du dommage [, du retard][127] ou du préjudice corporel causé par les marchandises, et du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 et de l'alinéa a) de l'article 30, [sauf si] [sauf si et dans la mesure où] [excepté dans la mesure où] il prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 35 n'a causé cette perte, ce dommage [, ce retard] ou ce préjudice corporel ou n'y a contribué.

---

poursuite du débat, les mots "[en temps utile]" et "[exacts et complets]".

[123] Comme indiqué dans la note 76 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte actuel a été conservé en vue de la poursuite du débat mais on a ajouté, à la fin de l'alinéa a), le texte "excepté dans la mesure où le chargeur peut raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur".

[124] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[125] Comme indiqué dans la note 77 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 31-1 a été reformulé pour faire pendant à la disposition du projet d'article 17-1 traitant de la responsabilité du transporteur, qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36. L'indication des parties envers lesquelles le chargeur est responsable a été supprimée conformément au projet d'article 17 et, comme noté au paragraphe 144 du document A/CN.9/552, il faudrait peut-être réexaminer ultérieurement la question de la responsabilité envers le destinataire et la partie contrôlante, telle qu'initialement exposée au projet d'article 29 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[126] Les mots "du préjudice matériel résultant de" ont été supprimés pour aligner l'article sur le projet d'article 17.

[127] Comme indiqué dans la note 78 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le mot "retard" est utilisé pour faire pendant au projet d'article 17, mais a été placé entre crochets car il n'a pas encore été spécifiquement examiné dans le contexte du projet d'article 31.

[Variante A du paragraphe 2[128]

2. Le chargeur est responsable[129] de la perte ou du dommage causé par le non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des alinéas b) et c) de l'article 30.]

[Variante B du paragraphe 2[130]

2. Le chargeur est réputé avoir garanti au transporteur, au moment de la réception des marchandises par ce dernier, que les informations, instructions et documents qu'il est tenu de fournir conformément aux alinéas b) et c) de l'article 30 sont exacts, complets et fournis en temps utile. Il doit indemniser le transporteur de toute perte, tout dommage et toute dépense provenant ou résultant du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des alinéas b) et c) de l'article 30. Le droit du transporteur à pareille indemnité ne limite d'aucune façon sa responsabilité sous l'empire du contrat de transport vis-à-vis de toute personne autre que le chargeur.]

3. Lorsque la perte ou le préjudice matériel [ou corporel] résulte du non-respect à la fois par le chargeur et par le transporteur de leurs obligations respectives, le chargeur et le transporteur sont conjointement responsables envers le destinataire ou la partie contrôlante[131] de cette perte ou ce préjudice matériel [ou corporel][132].

[*Article 32. Fausse déclaration grave du chargeur*[133]

Un transporteur n'est pas responsable du retard de livraison, de la perte ou du dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises si le chargeur a fait sciemment une fausse déclaration grave sur la nature ou la valeur des marchandises dans le contrat de transport, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport.][134]

---

[128] Comme indiqué dans la note 80 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a conservé entre crochets une règle de responsabilité sans faute dans les cas où le chargeur ne respecterait pas les prescriptions des alinéas b) et c) du projet d'article 30.

[129] Voir *supra*, note 125.

[130] Comme indiqué dans la note 82 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, une disposition analogue à l'article III.5 des Règles de La Haye a été insérée entre crochets. Cette disposition a été révisée comme indiqué à partir de la version figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[131] Comme indiqué dans la note 83 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudrait peut-être réexaminer ultérieurement la question de la responsabilité envers le destinataire et la partie contrôlante.

[132] Comme indiqué dans la note 84 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a conservé, en vue d'un débat ultérieur, le paragraphe 3 de la Variante B du projet d'article 31 (A/CN.9/WG.III/WP.32). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette disposition sur les causes concomitantes devrait également faire pendant au paragraphe correspondant du projet d'article 17.

[133] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[134] Comme indiqué dans la note 90 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le projet d'article 32 a été placé entre crochets, et les questions de la causalité et des dommages-intérêts pour retard seront examinées lors d'une session ultérieure. En outre, le projet d'article 32 pourrait être inséré dans le chapitre 6 portant sur la responsabilité du transporteur.

Article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses[135]

1. Le terme “marchandises dangereuses” désigne des marchandises qui, par leur nature ou leur caractère, présentent ou risquent selon toute vraisemblance de présenter un danger pour des personnes ou des biens ou un danger illicite ou inacceptable pour l’environnement.

2. Le chargeur doit apposer sur les marchandises dangereuses une marque ou une étiquette conformément aux règles, règlements ou autres exigences des autorités qui s’appliquent à n’importe qu’elle étape du transport prévu, faute de quoi il est responsable envers le transporteur et toute partie exécutante de toute perte, de tout dommage, de tout retard et de toute dépense découlant ou résultant directement ou indirectement du non-respect de cette obligation.

3. Le chargeur doit informer le transporteur de la dangerosité des marchandises rapidement avant que l’expéditeur ne les remette à ce dernier ou à une partie exécutante. Si le chargeur manque à son obligation d’information et que le transporteur ou la partie exécutante n’ait pas autrement connaissance de la dangerosité des marchandises, le chargeur est responsable envers le transporteur et toute partie exécutante de toute perte, de tout dommage, de tout retard et de toute dépense découlant ou résultant directement ou indirectement de l’expédition.

Article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur[136]

Si une personne identifiée comme “chargeur” dans les données du contrat, bien que n’étant pas le chargeur tel que défini à l’article 1 h), [accepte] [reçoit] [devient porteur du] [le] document de transport ou [l]’enregistrement électronique concernant le transport, elle a) [est soumise aux responsabilités et obligations] qui incombent au chargeur en vertu du présent chapitre et de l’article 59, et b) bénéficie des droits et exonérations reconnus au chargeur par le présent chapitre et le chapitre 14.

Article 35. Responsabilité du chargeur du fait d’autrui[137]

Le chargeur répond des actes et omissions de toute personne à qui il a délégué l’exécution de l’une quelconque des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre, y compris de ses sous-traitants, employés, mandataires et toutes autres personnes [excepté le transporteur ou les parties exécutantes] qui agissent, soit directement soit indirectement, à sa demande ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s’il s’agissait de ses propres actes ou omissions. Le chargeur n’est tenu responsable en vertu du présent article que lorsque la personne concernée a

---

[135] Le présent texte refléterait apparemment mieux la discussion et la demande du Groupe de travail, dont il est rendu compte aux paragraphes 146 à 148 du document A/CN.9/552. Il remplace le texte précédemment proposé au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[136] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Comme indiqué dans la note 91 de ce document, il faudrait réfléchir davantage à la portée exacte de la disposition et déterminer si elle ne devrait constituer qu’une règle supplétive lorsque l’identité du chargeur contractuel n’est pas connue.

[137] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 22 du document A/CN.9/WG.III/WP.39 pour aligner cette disposition sur l’article 19, relatif à la responsabilité du transporteur du fait d’autrui.

commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire[138].

[*Article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur*[139]

Lorsque le contrat de transport prévoit que la responsabilité du chargeur ou de toute autre personne identifiée dans les données du contrat comme étant le chargeur cessera, intégralement ou en partie, lors d'un certain événement ou après un moment donné, cette cessation n'a aucun effet:

a) Sur toute responsabilité incombant en vertu du présent chapitre au chargeur ou à une personne mentionnée à l'article 34; ou

b) Sur tout montant dû au transporteur en vertu du contrat de transport, sauf dans la mesure où le transporteur a une garantie suffisante[140] couvrant le règlement de ce montant;

c) Dans la mesure où elle est incompatible avec l'article 63[141].]

CHAPITRE 9. DOCUMENTS DE TRANSPORT ET ENREGISTREMENTS ÉLECTRONIQUES CONCERNANT LE TRANSPORT[142]

Article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport

Lors de la remise des marchandises au transporteur ou à la partie exécutante:

a) L'expéditeur est en droit d'obtenir un document de transport ou, sous réserve de l'article 5 a), un enregistrement électronique concernant le transport constatant la réception des marchandises par le transporteur ou la partie exécutante; et

b) Le chargeur ou, si ce dernier en donne instruction au transporteur, la personne mentionnée à l'article 34 est en droit d'obtenir du transporteur un document de transport négociable ou, sous réserve de l'article 5 a), un enregistrement électronique négociable concernant le transport, approprié sauf si le

---

138 Comme indiqué dans la note 94 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte actuel a été conservé en vue de discussions ultérieures, et les questions concernant l'articulation entre cette disposition, d'une part, et les projets d'articles 14-2 et 32, d'autre part, devraient être examinées lors d'une session ultérieure.

139 Ancien article 43-2 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, extrait du chapitre 9 sur le fret, à présent supprimé, pour être inséré ici.

140 Le projet d'article 45 figurant précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 ayant été supprimé, les mots "en vertu de l'article 45 ou autrement" l'ont été aussi en conséquence.

141 Comme indiqué *infra*, dans la note 208, le projet d'article 62 qui figurait précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 a été supprimé en faveur du projet d'article 61 *bis*, renuméroté projet d'article 63.

142 Excepté pour ce qui est de la numérotation, des améliorations de forme et des titres proposés pour les projets d'articles, ainsi que des modifications approuvées par le Groupe de travail au paragraphe 200 du document A/CN.9/576 (pour l'article 37) et aux paragraphes 207, 209 et 210 de ce même document (pour l'article 39) après l'examen des aspects relatifs au commerce électronique, le présent chapitre reproduit pour l'essentiel le texte qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

chargeur et le transporteur sont convenus, expressément ou tacitement, de ne pas utiliser de document de transport négociable ou d'enregistrement électronique négociable concernant le transport, ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser[143].

Article 38. Données du contrat

1. Les données du contrat figurant dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport visé à l'article 37 doivent comprendre notamment:

a) Une description des marchandises;

b) Les marques principales nécessaires à l'identification des marchandises telles que fournies par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive lesdites marchandises;

c) i) Le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité, tels que fournis par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises; et

ii) Le poids tel que fourni par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises[144];

d) Une indication de l'état et du conditionnement apparents des marchandises au moment auquel le transporteur ou une partie exécutante les reçoit pour le transport;

e) Le nom et l'adresse du transporteur; et

f) La date:

i) à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises; ou

ii) à laquelle les marchandises ont été mises à bord du navire; ou

iii) à laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport a été émis[145].

---

[143] Comme indiqué dans la note 127 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, en ce qui concerne l'alinéa a), il a été reconnu que, du fait que tous les documents de transport tels que définis à l'article 1 n) ne servaient pas à constater la réception des marchandises par le transporteur, il était important d'indiquer clairement que, dans cet alinéa a), le document de transport devrait remplir la fonction de récépissé.

[144] Comme indiqué dans la note 129 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a exprimé la crainte, au paragraphe 28 du document A/CN.9/526, que cette disposition ne soit interprétée comme imposant au chargeur une lourde responsabilité, ce à quoi on a répondu qu'elle n'était pas censée créer de responsabilité quelconque pour le chargeur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de remplacer les mots "tel que fourni par le chargeur" par "s'il est fourni par le chargeur".

[145] Comme indiqué dans la note 130 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été suggéré que le Groupe de travail envisage de modifier le paragraphe 1 de façon à inclure le nom et l'adresse du destinataire parmi les données du contrat devant figurer dans le document de transport. Voir également, *infra*, les propositions de modification du projet d'article 48. Le Groupe de travail

2. L'expression "état et conditionnement apparents des marchandises" employée au paragraphe 1 désigne l'état et le conditionnement des marchandises établis à partir:

a) D'une inspection externe raisonnable des marchandises telles qu'elles sont emballées au moment où le chargeur les remet au transporteur ou à une partie exécutante; et

b) De toute inspection supplémentaire que le transporteur ou une partie exécutante réalise effectivement avant d'émettre le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport.

Article 39. Signature[146]

1. Un document de transport doit être signé par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier.

2. Un enregistrement électronique concernant le transport doit comporter la signature électronique du transporteur ou d'une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier. Cette signature électronique doit identifier le signataire dans le cadre de l'enregistrement électronique concernant le transport et indiquer que le transporteur autorise cet enregistrement[147].

Article 40. Carence des données du contrat

1. Le défaut d'une ou de plusieurs des données du contrat visées à l'article 38-1, ou l'inexactitude d'une ou de plusieurs de ces données, n'a pas en soi d'incidence sur la nature juridique ou la validité du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport.

---

voudra peut-être déterminer si le nom et l'adresse du destinataire doivent figurer sur une liste d'éléments obligatoires. Il voudra peut-être en outre examiner quelle serait la sanction en cas de non-communication des informations obligatoires. Cette sanction pourrait être différente selon qu'un document de transport est négociable ou non.

146 Ce projet d'article a été revu par le Groupe de travail, comme indiqué, lors de son examen des aspects du projet de convention liés au commerce électronique. Le texte initial, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, était accompagné de la note 132, laquelle indiquait ce qui suit: "Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le terme 'signature' devrait être défini comme, par exemple, à l'article 14-3 des Règles de Hambourg, en particulier à la lumière de la pratique moderne".

147 Après avoir examiné les dispositions du projet de convention relatives au commerce électronique à sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé, en vue de la poursuite de son débat, ces modifications aux paragraphes 205 et 207 du document A/CN.9/576. La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) définit une signature électronique comme suit: "données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue". Ce terme n'apparaissant qu'une seule fois dans le projet de convention, sa définition ne semble pas nécessaire. La disposition mentionne toutefois les fonctions essentielles d'une signature électronique (identifier le signataire et indiquer que ce dernier approuve l'enregistrement). La seule différence avec la Loi type est que la disposition du projet de convention emploie le verbe "autoriser" au lieu d'"approuver".

2. Si les données du contrat comprennent la date, mais n'en indiquent pas la signification, la date est considérée comme étant:

a) Si les données du contrat indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle toutes les marchandises indiquées dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport ont été chargées sur le navire; ou

b) Si les données du contrat n'indiquent pas que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises.

[3. Si les données du contrat n'identifient pas le transporteur, mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut réfuter cette présomption s'il prouve que le navire était l'objet, au moment du transport, d'un affrètement coque nue qui transfère la responsabilité contractuelle du transport des marchandises à un affréteur coque nue identifié. [Si le propriétaire inscrit réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu du présent article, l'affréteur coque nue au moment du transport est présumé être le transporteur de la même manière que le propriétaire inscrit était présumé être le transporteur.]][148]

4. Si les données du contrat n'indiquent pas l'état et le conditionnement apparents des marchandises au moment où le transporteur ou une partie exécutante les reçoit de l'expéditeur, le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport constitue, selon le cas, soit une présomption simple, soit une preuve péremptoire, en vertu de l'article 43 que l'état et le conditionnement apparents des marchandises étaient bons au moment où l'expéditeur les a remises au transporteur ou à une partie exécutante.

Article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

Le transporteur, s'il agit de bonne foi lorsqu'il émet un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport, peut apporter des réserves aux informations mentionnées à l'article 38-1 a), 38-1 b) ou 38-1 c) dans les cas et de la manière décrits ci-dessous pour indiquer qu'il ne répond pas de l'exactitude des informations fournies par le chargeur:

a) S'agissant de marchandises non conteneurisées:

i) si le transporteur peut montrer qu'il n'avait pas de moyen raisonnable de vérifier les informations fournies par le chargeur, il peut en faire état dans les données du contrat en indiquant les informations en question; ou

---

[148] Comme indiqué dans la note 137 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, selon l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail, le paragraphe 3 mettait en évidence un problème sérieux qui devait être traité dans le projet de convention, mais la question exigeait une étude plus approfondie des autres moyens de régler ce problème et la disposition telle qu'elle était rédigée n'était pas encore satisfaisante. Le Groupe de travail a décidé de maintenir le paragraphe 3 entre crochets dans le projet de convention et de l'examiner d'une façon plus détaillée à une date ultérieure.

ii) si le transporteur a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur sont inexactes, il peut inclure une clause indiquant ce qu'il considère raisonnablement comme des informations exactes;

b) S'agissant de marchandises qui sont remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, sauf si[149] le transporteur ou une partie exécutante inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a, d'une autre manière, effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport, à condition toutefois que, dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle clause s'il a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes[150], le transporteur peut inclure dans les données du contrat une réserve concernant:

i) les marques principales apposées sur les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur; ou

ii) le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité de marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur;

c) S'agissant de marchandises remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, le transporteur peut apporter des réserves à toute mention du poids des marchandises ou du poids d'un conteneur et de son contenu en indiquant expressément qu'il n'a pas pesé le conteneur:

i) s'il peut montrer que ni lui ni une partie exécutante n'ont pesé le conteneur; et si le chargeur et le transporteur ne sont pas convenus avant l'expédition de peser le conteneur et de mentionner le poids dans les données du contrat; ou

---

[149] Comme indiqué dans la note 140 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le membre de phrase "sauf si le transporteur ou une partie exécutante inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a, d'une autre manière, effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport, à condition, toutefois, que dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle clause s'il a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes" a été placé dans le chapeau, alors qu'il se trouvait initialement à la fin de l'alinéa, pour bien montrer qu'il est censé s'appliquer à l'ensemble de l'alinéa.

[150] Comme indiqué dans la note 141 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, une autre suggestion était d'inclure également dans l'alinéa b) une disposition semblable à l'alinéa a) ii) pour traiter du cas où le transporteur a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur au sujet du contenu du conteneur sont inexactes. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre prendre note des suggestions faites au paragraphe 37 du document A/CN.9/526, à savoir de faire obligation au transporteur qui décide d'assortir de réserves les informations données dans le document de transport d'en consigner les raisons, de traiter dans le projet de convention du cas où le transporteur accepte de ne pas assortir de réserves la description des marchandises, par exemple pour ne pas gêner l'émission d'un crédit documentaire, mais obtient une garantie du chargeur. On a aussi émis l'idée que si le transporteur, agissant de mauvaise foi, s'était abstenu de son plein gré de faire des réserves sur les informations dans les données du contrat, un tel comportement devrait être sanctionné et que le transporteur ne devrait pouvoir invoquer aucune limitation de responsabilité.

ii) s'il peut montrer qu'il n'y avait pas de moyen raisonnable de vérifier le poids du conteneur[151].

Article 42. Moyen raisonnable de vérification et bonne foi

Aux fins de l'article 41:

a) Un "moyen raisonnable de vérification" doit être non seulement matériellement praticable mais aussi commercialement raisonnable;

b) Le transporteur agit de "bonne foi" en émettant un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport:

i) s'il ignore effectivement que l'une quelconque des indications essentielles figurant dans le document ou l'enregistrement est gravement fausse ou trompeuse; et

ii) lorsqu'il n'a pas intentionnellement omis de déterminer si une indication essentielle figurant dans le document ou l'enregistrement est fausse ou trompeuse parce qu'il pense que cette indication est susceptible d'être gravement fausse ou trompeuse;

c) Il incombe à la partie alléguant que le transporteur n'a pas agi de bonne foi lorsqu'il a émis un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport de prouver ses allégations.

Article 43. Présomption simple et preuve péremptoire

Sauf disposition contraire de l'article 44, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui atteste la réception des marchandises constitue:

a) Une présomption simple de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat; et

b) Une preuve péremptoire de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat:

[i) si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été transféré à un tiers agissant de bonne foi; [ou

ii) <u>variante A du sous-alinéa ii)</u>[152]

si une personne agissant de bonne foi a payé un prix ou a de toute autre manière modifié sa situation en se fiant à la description des marchandises figurant dans les données du contrat.]

ii) <u>variante B du sous-alinéa ii)</u>

---

[151] Comme indiqué dans la note 142 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été suggéré d'ajouter un libellé approprié pour traiter du cas où il n'y avait pas de possibilité commercialement raisonnable de peser le conteneur. L'adverbe "commercialement" a cependant été jugé inutile compte tenu de la définition à l'article 42 a) et a été supprimé.

[152] Cette variante se fonde sur le texte initial du projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

si aucun document de transport négociable ou aucun enregistrement électronique négociable concernant le transport n'a été émis et si le destinataire a acheté et payé les marchandises en se fiant à leur description figurant dans les données du contrat.][153]

Article 44. Force probante des réserves

Si les données du contrat comprennent une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41, le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport ne constitue pas une présomption simple ou une preuve péremptoire en vertu de l'article 43 dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises[154].

[*Article 45. "Fret payé d'avance"*[155]

Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, ni le porteur ni le destinataire ne sont tenus de régler le fret. Le présent article ne s'applique pas si le porteur ou le destinataire est également le chargeur.]

---

[153] Comme indiqué dans la note 145 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail a été qu'il fallait conserver l'alinéa b) ii) entre crochets et prier le secrétariat d'y apporter les modifications nécessaires en tenant dûment compte des points de vue qui avaient été exprimés et des suggestions qui avaient été faites dans les paragraphes 45 à 47 du document A/CN.9/526. La variante B a été proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 pour répondre à la remarque selon laquelle la variante A semblait introduire un usage nouveau des documents non négociables inconnu dans le droit européen.

[154] Comme indiqué dans la note 146 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la variante du projet d'article 44 suggérée aux paragraphes 153 et 154 du document A/CN.9/WG.III/WP.21:

"Si les données du contrat comprennent une réserve, le document de transport ne constitue pas une présomption, sauf preuve contraire, ou une présomption absolue en vertu de l'article 43, dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises, lorsque celle-ci 'produit des effets' conformément au paragraphe 2."

Il serait alors nécessaire d'ajouter une nouvelle disposition, éventuellement sous forme de paragraphe 2, qui pourrait être libellée comme suit: "Une réserve dans les données du contrat produit des effets aux fins du paragraphe 1 dans les circonstances suivantes:

a) Pour les marchandises non conteneurisées, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41 produit des effets correspondant à son libellé;

b) Pour des marchandises expédiées en conteneur fermé, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41 produit des effets correspondant à son libellé:

i) si le transporteur ou une partie exécutante livre le conteneur intact et non endommagé, hormis tout dommage au conteneur dépourvu de lien de causalité avec une perte ou un dommage quelconque subi par les marchandises; et

ii) s'il n'existe aucune preuve qu'après sa réception par le transporteur ou une partie exécutante, le conteneur a été ouvert avant la livraison, sauf si:

1) le conteneur a été ouvert à des fins d'inspection,

2) l'inspection a été réalisée en présence de témoins appropriés, et

3) le conteneur a été dûment refermé après l'inspection, et a été à nouveau scellé s'il avait été scellé avant l'inspection."

[155] Ancien projet d'article 44-1 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 conservé, comme convenu (voir par. 162 à 164 du document A/CN.9/552), en tant que projet d'article 45.

CHAPITRE 10. LIVRAISON AU DESTINATAIRE[156]

Article 46. Obligation de prendre livraison

Lorsque les marchandises sont parvenues à leur destination, le destinataire [qui exerce l'un quelconque de ses droits en vertu du contrat de transport][157] doit prendre livraison des marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4. [Si le destinataire, manquant à cette obligation, laisse les marchandises sous la garde du transporteur ou de la partie exécutante, le transporteur ou la partie exécutante agit vis-à-vis des marchandises comme un mandataire du destinataire, mais sans assumer aucune responsabilité concernant la perte ou le dommage subi par ces marchandises, à moins que cette perte ou ce dommage ne résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur [ou de la partie exécutante][158] commis soit dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.][159]

Article 47. Obligation d'accuser réception

À la demande du transporteur ou de la partie exécutante qui livre les marchandises, le destinataire doit accuser réception[160] des marchandises des mains du transporteur ou de la partie exécutante de la manière qui est coutumière au lieu de destination.

Article 48. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis

Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:

a) Si le nom et l'adresse du destinataire ne sont pas indiqués dans les données du contrat, la partie contrôlante doit les indiquer au transporteur, avant ou lors de l'arrivée des marchandises au lieu de destination[161];

---

156 Texte du présent chapitre repris du document A/CN.9/WG.III/WP.32, auquel des améliorations et des modifications sont proposées.

157 Comme indiqué dans la note 160 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a dit préférer que l'obligation de prendre livraison ne soit subordonnée à l'exercice d'aucun droit par le destinataire mais soit au contraire inconditionnelle.

158 Comme indiqué dans la note 161 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour éliminer le risque que la responsabilité des parties exécutantes puisse être engagée du fait de l'acte ou de l'omission du transporteur sur le fondement de la deuxième phrase du projet d'article 46, on a suggéré d'ajouter les mots "ou de la partie exécutante" après les mots "d'un acte ou d'une omission du transporteur".

159 Comme indiqué dans la note 162 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été suggéré de fusionner les projets d'articles 46 et 51, 52 et 53 ou, afin de réduire la confusion causée par l'interaction entre les projets d'articles 46 et 51, 52 et 53, de supprimer la deuxième phrase de l'article 46, les articles 51, 52 et 53 demeurant des articles distincts. La seconde de ces solutions a été retenue et la dernière phrase a été placée entre crochets.

160 Il a été jugé préférable de supprimer les mots "confirme la livraison" et de les remplacer par "doit accuser réception", car le destinataire pourrait confirmer ses propres actes mais non le fait que le transporteur s'est acquitté de son obligation.

b) Variante A de l'alinéa b)[162]

Le transporteur doit livrer, au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4, les marchandises au destinataire sur production, par ce dernier, d'un document d'identification approprié[163];

Variante B de l'alinéa b)

Le transporteur doit livrer au destinataire les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4. Pour obtenir livraison, le destinataire doit produire un document d'identification approprié.

Variante C de l'alinéa b)

Le transporteur doit livrer au destinataire les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4. Il peut refuser de livrer les marchandises si le destinataire ne produit pas de document d'identification approprié.

c) Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur doit en aviser la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur doit donner des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa. Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément au présent l'alinéa est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport[164].

Article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:

a) i) sans préjudice de l'article 46, le porteur d'un document de transport négociable est en droit de demander livraison des marchandises au

---

[161] Comme indiqué dans la note 164 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la proposition faite au paragraphe 75 du document A/CN.9/526 concernant l'identité du destinataire a été incorporée dans le texte. Voir aussi *supra*, la note se rapportant au projet d'article 38-1 f).

[162] Comme indiqué dans la note 165 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, cette variante se fonde sur le texte initial du projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

[163] Comme indiqué dans la note 166 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la proposition faite au paragraphe 76 du document A/CN.9/526 de réviser l'alinéa b) de façon à indiquer que le transporteur avait le droit, mais non pas l'obligation, de refuser la livraison si aucun document d'identification approprié ne lui était présenté a été incorporé dans le texte de la variante B comme de la variante C.

[164] Comme indiqué dans la note 167 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été dit, lors de l'examen du projet d'article 49 b) et c), que les principes exprimés dans ces dispositions devraient également s'appliquer lorsque aucun instrument négociable n'avait été émis. Une disposition dans ce sens a été incorporée en tant qu'alinéa c).

transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 à ce porteur contre remise du document de transport négociable. Si plusieurs originaux du document de transport négociable ont été émis, la remise d'un original suffit et les autres originaux cessent d'avoir tout effet ou validité.

ii) sans préjudice de l'article 46, le porteur d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 à ce porteur si celui-ci démontre conformément aux procédures mentionnées à l'article 6 qu'il est le porteur de l'enregistrement. Dès cette livraison, l'enregistrement cesse d'avoir tout effet ou validité[165].

b) Si le porteur ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur doit en aviser la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier ou de trouver la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur doit donner au transporteur des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa[166].

c) [Nonobstant l'alinéa d),][167] le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément à l'alinéa b) est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport au porteur[168], indépendamment du fait de savoir si le document de transport

---

[165] Comme indiqué dans la note 168 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, sous réserve de la mise en garde consignée au paragraphe 80 du document A/CN.9/526, selon laquelle le Groupe de travail devrait soigneusement examiner l'équilibre entre les différents droits et obligations des parties, et leurs conséquences, afin de parvenir à une solution bien pesée et réaliste, comme indiqué au paragraphe 81 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) généralement acceptables quant au fond.

[166] Comme indiqué dans la note 169 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la proposition au paragraphe 82 du document A/CN.9/526 selon laquelle le transporteur devrait être tenu d'accepter le document de transport négociable et, si le porteur du document ne demandait pas livraison des marchandises, d'en aviser la partie contrôlante semble être déjà traitée dans le texte de l'alinéa b).

[167] Comme indiqué dans la note 170 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été estimé qu'on ne voyait pas bien comment s'articulaient les alinéas c) et d), attendu que, dans cette dernière disposition, le porteur de bonne foi acquérait une certaine protection juridique, alors que sa position juridique n'était pas claire. Un lien existe déjà entre ces alinéas c) et d), car l'alinéa c) commence par les mots "Nonobstant l'alinéa d)". D'autres solutions sont possibles, par exemple, faire commencer l'alinéa d) par les mots "Sous réserve des dispositions" ou ajouter à la fin de cet alinéa une phrase libellée comme suit: "Le présent alinéa ne s'applique pas lorsque le transporteur livre les marchandises conformément à l'alinéa c)." Ces diverses possibilités sont provisoirement placées entre crochets.

[168] Il est proposé de supprimer les crochets entourant les mots "au porteur", qui figuraient initialement dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21, et de conserver ces mots pour clarifier le

négociable lui a été remis, ou si la personne demandant livraison en vertu d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport a démontré, conformément aux procédures visées à l'article 6, qu'elle est le porteur.

Variante A de l'alinéa d)[169]

d) [Sous réserve des dispositions de l'alinéa c),][170] si le transporteur livre les marchandises au lieu de destination sans que le document de transport négociable lui soit remis ou sans que soit faite la démonstration visée à l'alinéa a) ii), une personne qui devient porteur après que le transporteur a livré les marchandises au destinataire ou à une personne ayant droit à ces marchandises en vertu de tout arrangement contractuel ou autre différent du contrat de transport n'acquiert des droits [opposables au transporteur][171] en vertu du contrat de transport: i) que si la transmission du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport s'est effectuée en vertu d'arrangements contractuels ou autres conclus avant cette livraison des marchandises; ou ii) que si cette personne, au moment où elle est devenue porteur, n'a pas eu et n'a pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison. [Le présent alinéa ne s'applique pas lorsque le transporteur livre les marchandises conformément à l'alinéa c).][172]

Variante B de l'alinéa d), qui comprend les alinéas d) et e)[173]

d) Si les marchandises sont livrées conformément à l'alinéa c), une personne qui devient le porteur après que le transporteur a livré les marchandises au destinataire ou à une personne ayant droit à ces marchandises en vertu de tout arrangement contractuel ou autre différent du contrat de transport acquiert des droits opposables au transporteur en vertu du contrat de transport, autres que le droit de demander la livraison des marchandises, seulement lorsque le transfert du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport s'est effectué en vertu d'arrangements contractuels ou autres conclus avant cette livraison des marchandises.

---

texte.

169 Texte tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, révisé comme indiqué.

170 Voir *supra*, note 167.

171 Comme indiqué dans la note 172 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la première préoccupation exprimée au paragraphe 88 du document A/CN.9/526 est qu'il faudrait énoncer plus clairement les droits du porteur en possession du document de transport négociable une fois la livraison effectuée. Une solution pourrait être d'indiquer à l'alinéa d) que les droits sont acquis contre le transporteur, indication qui a été incorporée dans la disposition. On pourrait aussi ajouter que ces droits découlent du non-respect, par le transporteur, de l'obligation qui lui incombe en vertu du projet d'article 13, mais ce n'est peut-être pas souhaitable. Par ailleurs, l'attention est appelée sur la nouvelle disposition, de portée bien plus étendue, suggérée *infra*, pour le projet d'article 61. La seconde préoccupation exprimée au paragraphe 88 du document A/CN.9/526, à savoir que le membre de phrase "n'ait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison" était imprécis n'a pas été traitée.

172 Voir *supra*, note 167.

173 Cette variante est une version améliorée des mêmes principes que ceux énoncés dans la variante A.

e) Nonobstant les alinéas c) et d), le porteur qui n'avait pas ou n'aurait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison au moment où il est devenu porteur acquiert les droits incorporés dans le document de transport négociable ou dans l'enregistrement électronique négociable concernant le transport.

Article 50. Instructions insuffisantes[174]

Si la partie contrôlante ou le chargeur ne donne pas au transporteur des instructions suffisantes conformément aux articles 48 et 49 ou si la partie contrôlante ou le chargeur ne peuvent être trouvés[175], le transporteur est fondé, sans préjudice de toute autre voie de droit dont il peut se prévaloir contre cette partie contrôlante ou ce chargeur, à exercer ses droits en vertu des articles 51, 52 et 53.

Article 51. Marchandises non livrables

1. Le transporteur est fondé à exercer les droits et moyens mentionnés au paragraphe 2 aux risques et à la charge[176] de la personne ayant droit aux marchandises si celles-ci sont parvenues au lieu de destination et:

a) Si le destinataire n'en a pas effectivement pris livraison conformément au présent chapitre au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 [et s'il n'a été conclu entre le transporteur ou la partie exécutante et le destinataire aucun contrat explicite ou implicite concernant la garde des marchandises][177]; ou

b) Si le transporteur n'est pas autorisé par la loi ou la réglementation applicable à les livrer au destinataire.

2. Les droits et moyens mentionnés au paragraphe 1 sont les suivants:

a) Stocker les marchandises en tout lieu approprié;

b) Déballer les marchandises si elles sont emballées dans des conteneurs, ou prendre vis-à-vis des marchandises les autres mesures que, de l'avis du transporteur, les circonstances peuvent raisonnablement exiger; ou

---

[174] Le texte gagnerait probablement en clarté si l'alinéa e) du projet d'article 49 faisait l'objet d'un article distinct numéroté article 50.

[175] Comme indiqué dans la note 174 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, cet ajout a été fait suite à la proposition, présentée au paragraphe 89 du document A/CN.9/526, d'aligner l'alinéa e) sur l'alinéa b). D'autres changements ont été apportés et les crochets supprimés afin de clarifier le texte.

[176] Comme indiqué dans la note 176 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a fait observer que, lorsque le transporteur exerçait ses droits en vertu du projet d'article 51, il pouvait en résulter des dépenses en plus de celles liées à la perte ou au dommage, et que la valeur des marchandises pourrait dans certains cas ne pas couvrir les dépenses encourues. L'ajout du membre de phrase "et à la charge" au paragraphe 1 devrait répondre à cette préoccupation.

[177] Comme indiqué dans la note 175 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on s'est déclaré préoccupé par le membre de phrase "il n'a été conclu entre le transporteur ou la partie exécutante et le destinataire aucun contrat explicite ou implicite succédant au contrat de transport", au motif qu'il était ambigu, car il pouvait être interprété comme concernant un contrat d'entreposage si un tel contrat "succédait au contrat de transport"; on a dit aussi que la notion d'"explicite ou implicite" était difficile à comprendre. Ce membre de phrase a donc été placé entre crochets pour être éventuellement supprimé.

c) Faire vendre les marchandises conformément aux pratiques ou aux prescriptions légales ou réglementaires du lieu où les marchandises sont alors situées.

3. Si les marchandises sont vendues comme prévu à l'alinéa c) du paragraphe 2, le transporteur doit conserver le produit de la vente au profit de la personne ayant droit aux marchandises, sous réserve de déduire toute dépense supportée en rapport avec les marchandises et tout autre montant qui lui est dû.

Article 52. Avis d'arrivée à destination

Le transporteur n'est autorisé à exercer les droits visés à l'article 51 qu'après avoir avisé suffisamment à l'avance[178] de l'arrivée des marchandises au lieu de destination soit la personne éventuellement indiquée dans les données du contrat comme étant la personne à aviser de cette arrivée, soit le destinataire, ou encore la partie contrôlante ou le chargeur.

Article 53. Responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables

Dans l'exercice des droits visés à l'article 51-2, le transporteur ou une partie exécutante est responsable[179] de la perte ou du dommage subi par les marchandises, seulement si cette perte ou ce dommage résulte [d'un acte ou d'une omission de sa part commis soit dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement][180].

CHAPITRE 11. DROIT DE CONTRÔLE[181]

Article 54. Définition du droit de contrôle

Le droit de contrôle des marchandises [désigne] [est] le droit, en vertu du contrat de transport, de donner au transporteur des instructions concernant les

---

[178] Comme indiqué dans la note 177 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on s'est demandé pourquoi seul un avis était nécessaire et pourquoi le transporteur n'avait pas à attendre une réponse ou une réaction de la personne avisée avant d'exercer ses droits. L'ajout du membre de phrase "suffisamment à l'avance" après le mot "avisé" devrait répondre à cette préoccupation.

[179] Comme indiqué dans la note 178 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on s'est déclaré préoccupé, au paragraphe 94 du document A/CN.9/526, par le fait que le libellé du projet d'article 53 pouvait être interprété comme laissant entendre que l'acte ou l'omission du transporteur pouvait entraîner la responsabilité de la partie exécutante. La suppression des mots "agissent en tant qu'agent de l'ayant droit aux marchandises, mais sans assumer aucune responsabilité concernant" et l'ajout des mots "sont responsables seulement si" devraient répondre à cette préoccupation.

[180] Comme indiqué dans la note 179 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été proposé d'ajouter les mots "ou de la partie exécutante" après les mots "d'un acte ou d'une omission du transporteur" et de supprimer, dans la version anglaise du texte, le mot "personal". Ces deux propositions ont été incorporées dans le texte.

[181] Texte initial de ce chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations, des variantes et des corrections sont proposées.

marchandises pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est indiquée à l'article 11-1.][182] Ce droit comprend uniquement:

a) Le droit de donner ou de modifier des instructions concernant les marchandises sans que cela constitue une modification du contrat de transport[183];

b) Le droit d'exiger la livraison des marchandises [avant leur arrivée au lieu de destination] [dans un port intermédiaire ou lieu en cours de trajet][184]; et

c) Le droit de remplacer le destinataire par toute autre personne, y compris la partie contrôlante[185].

[*Article 55. Modification du contrat de transport*

1. La partie contrôlante est la seule personne pouvant exercer le droit de contrôle et peut convenir avec le transporteur d'une modification du contrat de transport autre que les modifications visées à l'article 54 b) et c)[186].

2. Toute modification du contrat de transport, y compris les modifications visées à l'article 54 b) et c), lorsqu'elle prend effet, doit être portée sur le document de transport [négociable] ou incorporée dans l'enregistrement électronique [négociable] concernant le transport et être paraphée ou signée conformément à l'article 39.][187]

---

[182] Comme indiqué dans la note 181 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail pourrait déterminer s'il faudrait modifier quelque peu cette phrase et la déplacer à l'alinéa l) de l'article premier (définition du "droit de contrôle").

[183] Comme indiqué dans la note 182 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a exprimé la crainte, au paragraphe 102 du document A/CN.9/526, que le membre de phrase "de donner ou de modifier des instructions ... sans que cela constitue une modification du contrat de transport" puisse être considéré comme contradictoire. On a répondu qu'il faudrait faire une distinction claire, quant au fond, entre ce qu'on considérait comme une modification mineure ou "normale" des instructions concernant les marchandises et une modification plus fondamentale du contrat de transport. Il est proposé de déplacer l'alinéa d) pour l'insérer dans le projet d'article 55 afin de répondre à ces préoccupations.

[184] La variante proposée entre crochets vise à bien montrer que la livraison avant l'arrivée à destination ne doit pas s'entendre comme un changement de destination mais seulement comme une livraison à un lieu sur le trajet.

[185] Comme indiqué dans la note 180 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été proposé, au paragraphe 103 du document A/CN.9/526, de supprimer l'alinéa d) pour préserver le caractère unilatéral de toute instruction qui pourrait être donnée au transporteur par la partie contrôlante, par opposition à toute modification des clauses du contrat de transport, qui exigerait l'accord mutuel des parties au contrat. On a répondu que cette disposition était utile pour définir le droit de contrôle puisqu'elle indiquait clairement que la partie contrôlante devait être considérée comme l'interlocuteur du transporteur pendant le voyage. Pour répondre à ces préoccupations et éviter toute confusion entre le droit de contrôle et le droit de convenir avec le transporteur de modifications au contrat de transport, il est suggéré de placer l'alinéa d) dans le projet d'article 55. Il est à noter également que la première phrase du chapeau devra être remaniée si l'on incorpore dans l'alinéa l) de l'article premier une définition fondée sur cette phrase.

[186] Le paragraphe 1 reprend l'ancien alinéa d) de l'article 54 en mettant l'accent sur l'exclusivité de la position de la partie contrôlante.

[187] Le paragraphe 2 est jugé souhaitable pour faire en sorte que les modifications du contrat de transport soient signées ou, du moins, paraphées, conformément à la pratique actuelle. Si le Groupe de travail accepte cette proposition, il est suggéré de renvoyer à l'exigence de signature énoncée au projet d'article 39. Les paragraphes 2 d) et 3 c) du projet d'article 56 ont été

Article 56. Règles applicables en fonction du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport émis

1. Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) Le chargeur est la partie contrôlante à moins que le chargeur [et le destinataire conviennent qu'une autre personne est la partie contrôlante et que le chargeur en avise le transporteur. Le chargeur et le destinataire peuvent convenir que le destinataire est la partie contrôlante] [désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante][188];

b) La partie contrôlante peut transférer le droit de contrôle à une autre personne, après quoi l'auteur du transfert perd son droit de contrôle. L'auteur [ou le bénéficiaire] [ou, si la loi applicable le permet, le bénéficiaire][189] du transfert doit aviser le transporteur de ce transfert;

c) Lorsque la partie contrôlante exerce le droit de contrôle conformément à l'article 54, elle doit produire un document d'identification approprié;

[d) Le droit de contrôle [prend fin] [est transféré au destinataire] lorsque les marchandises sont arrivées à destination et que le destinataire en a demandé la livraison.][190]

---

supprimés compte tenu du paragraphe 2 proposé.

188 Comme indiqué dans la note 184 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a demandé, au paragraphe 105 du document A/CN.9/526, pourquoi l'accord du destinataire était nécessaire pour désigner une partie contrôlante autre que le chargeur, alors que le destinataire n'était pas partie au contrat de transport. Il a aussi été fait observer que si le contrat prévoyait que le chargeur était la partie contrôlante, l'alinéa b) du paragraphe 1 lui conférait le pouvoir de transférer unilatéralement son droit de contrôle à une autre personne. Pour répondre à ces préoccupations, on a placé entre crochets les mots qui viennent après "à moins que le chargeur" en vue de leur éventuelle suppression et on a ajouté, à leur place et entre crochets, le membre de phrase "désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante".

189 Comme indiqué dans la note 185 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a exprimé la crainte, au paragraphe 107 du document A/CN.9/526, que, dans certains pays, le transfert du droit de contrôle ne puisse s'effectuer par simple notification donnée au transporteur par le bénéficiaire du transfert. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait éliminer les mots "ou le bénéficiaire" du paragraphe 1 b). Ces mots sont placés entre crochets. Une variante allant dans le sens du texte approuvé au projet d'article 63 a été insérée à leur suite pour la poursuite des débats.

190 Comme indiqué dans la note 186 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la partie contrôlante conserve le contrôle des marchandises jusqu'à leur livraison finale. Toutefois, le projet d'article 56 ne dit rien du moment jusqu'auquel le droit de contrôle peut être exercé dans le cas où un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable a été émis. On pense qu'une disposition pourrait être incorporée pour tenir compte de cette observation. Le paragraphe 1 d) a donc été ajouté. Il est à noter toutefois que, comme indiqué également au paragraphe 106 du document A/CN.9/526, la crainte a été exprimée que l'instruction fréquemment donnée par le chargeur au transporteur, à savoir celle de ne pas livrer les marchandises avant qu'il n'ait reçu du chargeur confirmation du règlement des marchandises, puisse devenir inexécutable. Par ailleurs, comme l'article 54 dispose que le droit de contrôle est le droit de donner au transporteur des instructions pendant la durée de sa

2. Lorsqu'un document de transport négociable est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) Le porteur ou, lorsque plusieurs originaux du document de transport négociable sont émis, le porteur de tous les originaux est la seule partie contrôlante;

b) Le porteur peut transférer le droit de contrôle en transmettant le document de transport négociable à une autre personne conformément à l'article 61, après quoi l'auteur du transfert perd son droit de contrôle. Si plusieurs originaux de ce document ont été émis, tous les originaux doivent être transmis pour que le droit de contrôle soit transféré;

c) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur doit présenter le document de transport négociable au transporteur si celui-ci le demande. Si plusieurs originaux du document ont été émis, tous les originaux [à l'exception de ceux que le transporteur détient déjà au nom de la personne qui cherche à exercer un droit de contrôle] doivent être présentés, faute de quoi le droit de contrôle ne peut être exercé[191].

3. Lorsqu'un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis:

a) Le porteur est la seule partie contrôlante et peut transférer le droit de contrôle à une autre personne en transférant l'enregistrement électronique négociable concernant le transport conformément aux procédures visées à l'article 6, après quoi l'auteur du transfert perd son droit de contrôle;

b) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur, si le transporteur le demande, doit démontrer, conformément aux procédures visées à l'article 6, qu'il est le porteur.

4. Nonobstant l'article 63[192], une personne autre que le chargeur ou la personne visée à l'article 34, qui a transféré le droit de contrôle sans avoir exercé ce droit est, lors de ce transfert, libérée des obligations imposées à la partie contrôlante par le contrat de transport ou par la présente Convention.

---

responsabilité telle qu'elle est indiquée à l'article 11, il est peut-être inutile de préciser à quel moment le droit de contrôle prend fin.

191 Comme indiqué dans la note 188 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 c) ne traitait pas de façon suffisante les conséquences de la situation où le porteur ne présentait pas tous les exemplaires du document négociable au transporteur et qu'en pareil cas le transporteur devrait être libre de refuser d'exécuter les instructions données par la partie contrôlante. Le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que si tous les exemplaires du connaissement n'avaient pas été présentés par la partie contrôlante, le droit de contrôle ne pouvait pas être exercé et qu'il faudrait prévoir une exception à la règle selon laquelle la partie contrôlante devait présenter tous les exemplaires du connaissement pour les cas où le transporteur détenait déjà un exemplaire du connaissement. Pour répondre à ces préoccupations, il est suggéré que les membres de phrase indiqués soient ajoutés au paragraphe 2 c).

192 Le texte du document A/CN.9/WG.III/WP.32 renvoyait précédemment au projet d'article 62, qui a été supprimé en faveur du projet d'article 61 *bis* renuméroté projet d'article 63.

Article 57. Exécution de l'instruction par le transporteur

1. Variante A du paragraphe 1, comprenant aussi le paragraphe 1 *bis*[193]

Sous réserve des paragraphes 1 *bis*, 2 et 3, le transporteur doit exécuter toute instruction mentionnée à l'article 54[194] si elle:

a) Peut raisonnablement être exécutée selon ses termes au moment où elle parvient à la personne qui doit l'exécuter;

b) Ne gênera pas les activités normales du transporteur ou d'une partie exécutante; et

c) N'entraînera pas de dépense additionnelle, de perte ou de dommage pour le transporteur, la partie exécutante ou toute personne ayant des droits sur d'autres marchandises transportées pendant le même voyage.

1 *bis*.S'il y a des raisons de penser qu'une ou plusieurs des conditions mentionnées aux alinéas a), b) et c) ne sont pas satisfaites, le transporteur n'est nullement obligé d'exécuter l'instruction[195].

Variante B du paragraphe 1

Sous réserve des paragraphes 2 et 3, le transporteur doit exécuter les instructions mentionnées à l'article 54[196] si:

a) La personne donnant ces instructions est fondée à exercer le droit de contrôle;

b) Les instructions peuvent raisonnablement être exécutées selon leurs termes au moment où elles parviennent au transporteur; et

c) Les instructions ne gêneront pas les activités normales du transporteur ou d'une partie exécutante[197].

---

[193] La variante A se fonde sur le texte initial du projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21. Comme indiqué dans la note 192 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail est convenu d'une manière générale que le paragraphe 1 devrait être remanié pour tenir compte des vues et des suggestions dans les paragraphes 114 à 116 et que ce remaniement devrait traiter d'abord des circonstances dans lesquelles le transporteur devait suivre les instructions reçues de la partie contrôlante puis les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution de ces instructions. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de cette disposition, comprenant le cas échéant des variantes, en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure. Une variante B a donc été proposée.

[194] Le renvoi aux alinéas "a), b) ou c)" a été supprimé suite à la proposition d'insérer l'alinéa d) de l'article 54 dans le projet d'article 55.

[195] Le paragraphe 1 *bis* a été construit à partir de la dernière phrase de la variante A purement pour des raisons de forme et non pour apporter un changement quant au fond.

[196] Voir *supra*, note 194.

[197] La variante B a été proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 pour répondre aux préoccupations exprimées dans la note 193 de ce document. Pour éviter une contradiction entre l'alinéa c) du paragraphe 1 et l'alinéa b) du projet d'article 54 concernant le droit de contrôle et les "dépenses additionnelles" qui pourraient résulter de l'instruction, il a été proposé soit que le transporteur ne soit pas obligé d'exécuter l'instruction reçue conformément à cet alinéa, soit que l'alinéa c) du paragraphe 1 limite l'obligation du transporteur d'exécuter cette instruction aux

2. Dans tous les cas, la partie contrôlante doit rembourser[198] au transporteur, aux parties exécutantes et à toute personne ayant des droits sur d'autres marchandises transportées pendant le même voyage en mer ou autre toute dépense additionnelle qu'ils pourraient supporter et doit les indemniser de toute perte ou tout dommage qu'ils pourraient subir du fait de l'exécution d'une instruction en vertu du présent article[199].

3. À la demande du transporteur, la partie contrôlante doit fournir une garantie[200] correspondant au montant de la dépense additionnelle, de la perte ou du dommage auxquels il est raisonnable de s'attendre. [Le transporteur est en droit d'obtenir de la partie contrôlante une garantie s'il:

a) A des raisons de s'attendre que l'exécution d'une instruction en vertu du présent article entraînera une dépense additionnelle, une perte ou un dommage; et

b) Est néanmoins disposé à exécuter cette instruction.];

4. Le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises du fait qu'il n'a pas exécuté les instructions de la partie contrôlante en violation de l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 1[201].

---

cas dans lesquels celle-ci n'entraînerait pas de dépenses additionnelles "importantes". Par ailleurs, comme indiqué au paragraphe 115 du document A/CN.9/526, un large appui a été exprimé, au sein du Groupe de travail, en faveur de la suppression de l'alinéa c) du paragraphe 1. Compte tenu de ces suggestions, le libellé du paragraphe 1 pourrait être remanié comme indiqué et le droit conféré au transporteur par le paragraphe 3 pourrait être renforcé, comme indiqué *infra*, dans la note 200. En outre, l'alinéa c) du paragraphe 1 a été supprimé.

198 Comme indiqué dans la note 194 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la notion d'"indemnisation" laissait penser à tort que la partie contrôlante pouvait encourir une responsabilité et il a été suggéré de la remplacer par celle de "rémunération", qui cadrait davantage avec l'exercice légitime de son droit de contrôle par la partie contrôlante.

199 Comme indiqué dans la note 195 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, les modifications apportées au paragraphe 2 tiennent compte de la proposition, formulée au paragraphe 117 du document A/CN.9/526, selon laquelle cette disposition révisée devrait traiter d'abord des circonstances dans lesquelles le transporteur devait suivre les instructions reçues de la partie contrôlante puis les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution de ces instructions.

200 Comme indiqué dans la note 196 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, bien que, comme noté au paragraphe 119 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail ait estimé "acceptable d'une manière générale" le paragraphe 3, les changements indiqués ont été apportés compte tenu des observations relatives au projet d'article 57-1. Voir *supra*, note 197.

201 Comme indiqué dans la note 197 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, une question a été posée au sujet de la nature de l'obligation incombant au transporteur dans le projet d'article 57 et l'on s'est demandé s'il s'agissait d'une obligation de résultat ou d'une obligation – moins stricte – de moyens, le transporteur faisant alors de son mieux pour exécuter les instructions reçues de la partie contrôlante. On a exprimé l'opinion qu'une obligation de résultat – plus stricte – serait préférable. Toutefois, le transporteur ne devrait pas assumer les conséquences de l'inexécution de son obligation de résultat s'il pouvait apporter la preuve qu'il avait déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de cette obligation ou que, compte tenu des circonstances, il aurait été déraisonnable de s'en acquitter. En ce qui concerne les conséquences de l'inexécution de l'obligation de résultat, il a été estimé que le projet de convention devrait être plus précis, par exemple en indiquant le type de responsabilité encourue par le transporteur et les conséquences de cette inexécution sur l'exécution ultérieure du contrat. Pour donner suite à ces observations, on a ajouté un nouveau paragraphe 4. S'agissant des conséquences de l'inexécution des

Article 58. Marchandises réputées livrées

Les marchandises livrées suivant une instruction donnée conformément à l'article 54 b) sont réputées livrées au lieu de destination et les dispositions du chapitre 10 relatives à cette livraison leur sont applicables.

Article 59. Obligation de fournir des informations, instructions ou documents au transporteur

Si, pendant la période où les marchandises sont sous sa garde, le transporteur ou une partie exécutante a raisonnablement besoin d'informations, d'instructions ou de documents en sus de ceux visés à l'article 30 a), la partie contrôlante, à la demande de l'un ou l'autre, doit fournir ces informations[202]. Si le transporteur, après un effort raisonnable, n'est pas en mesure d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou si la partie contrôlante n'est pas en mesure de lui fournir des informations, instructions ou documents suffisants, le chargeur ou la personne visée à l'article 34 doit le faire.

Article 60. Dérogation conventionnelle

Les articles 54 b) et c) et 57 sont susceptibles de dérogation par convention entre les parties. Les parties peuvent aussi restreindre ou exclure la possibilité de transférer le droit de contrôle visée à l'article 56-1 b). Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis, toute convention mentionnée au présent article doit être indiquée ou incorporée[203] dans les données du contrat.

---

instructions, lorsque évidemment elles auraient dû être exécutées, on part du principe que l'intention implicite était de prévoir que le transporteur serait tenu de dommages-intérêts. Si le Groupe de travail décide d'inclure une disposition à cet effet, il pourrait également déterminer s'il faudrait limiter cette responsabilité.

202 Comme indiqué dans la note 199 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la suggestion de mentionner, outre le transporteur, la partie exécutante a été appuyée d'une manière générale. Compte tenu également de la recommandation formulée au paragraphe 123 du document A/CN.9/526, des modifications ont été apportées afin que le projet d'article 59 soit plus clair.

203 Comme indiqué dans la note 200 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, l'idée selon laquelle le projet d'article 60 révisé ne devait pas s'interpréter comme limitant d'une quelconque façon la liberté des parties de déroger aux dispositions du chapitre 11 a été largement appuyée par le Groupe de travail. De plus, il semble sous-entendu que la dernière phrase de ce projet d'article devrait s'appliquer uniquement si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis. Ceci a donc été indiqué dans le texte révisé, dans lequel les conventions incorporées par référence ont également été mentionnées, comme proposé.

CHAPITRE 12. TRANSFERT DE DROITS[204]

Article 61. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

1. Si un document de transport négociable est émis, le porteur peut transférer les droits incorporés dans ce document en le transférant à une autre personne,

a) Dûment endossé au profit de cette autre personne ou en blanc, s'il s'agit d'un document à ordre; ou

b) Sans endossement, s'il s'agit d'un document au porteur ou d'un document endossé en blanc; ou

c) Sans endossement, s'il s'agit d'un document établi à l'ordre d'une personne désignée qui est transféré entre le premier porteur et cette personne désignée[205].

2. Si un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis, son porteur peut transférer les droits incorporés dans cet enregistrement, que celui-ci soit établi à ordre ou à l'ordre d'une personne désignée, en le transférant conformément aux procédures visées à l'article 6[206].

Article 62. Responsabilité du porteur

1. Sans préjudice de l'article 59, un porteur qui n'est pas le chargeur et qui n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport n'assume aucune responsabilité en vertu de ce contrat uniquement du fait qu'il est porteur.

2. Un porteur qui n'est pas le chargeur et qui exerce un droit quelconque en vertu du contrat de transport assume [les responsabilités qui lui incombent en vertu de ce contrat dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées ou déterminables dans le document de transport négociable ou l'enregistrement électronique négociable concernant le transport] [les responsabilités qui incombent à la partie contrôlante en vertu du chapitre 11 et celles qui incombent au chargeur pour le paiement du fret, du faux fret, des surestaries et des contrestaries dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées dans le document de transport négociable ou l'enregistrement électronique négociable concernant le transport.][207]

---

[204] Texte initial du présent chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations et des corrections sont proposées.

[205] Comme indiqué dans la note 201 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail s'est largement prononcé en faveur du maintien du texte du projet d'article 61-1 dans sa rédaction actuelle, afin de promouvoir l'harmonisation et de prendre en compte les enregistrements électroniques négociables concernant le transport. La préoccupation exprimée au paragraphe 132 du document A/CN.9/526 en ce qui concerne les documents négociables nominatifs dans certains droits nationaux a été notée.

[206] Comme indiqué dans la note 202 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a examiné le paragraphe 2 à sa quinzième session en même temps que les autres dispositions du projet de convention relatives aux enregistrements électroniques concernant le transport.

[207] Comme indiqué dans la note 204 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du paragraphe 2 en tenant dûment compte des opinions exprimées. Or, les vues présentées aux paragraphes 137 à 139 du document

3. Aux fins des paragraphes 1 et 2 [et de l'article 46][208], un porteur qui n'est pas le chargeur n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport au seul motif que:

a) En vertu de l'article 7, il convient avec le transporteur de remplacer un document de transport négociable par un enregistrement électronique négociable concernant le transport ou de remplacer un enregistrement électronique négociable concernant le transport par un document de transport négociable, ou

b) En vertu de l'article 61, il transfère ses droits.

Article 63.[209] *Cas où aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis*

Si aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis, les alinéas suivants s'appliquent au transfert de droits en vertu d'un contrat de transport:

a) Le transfert est soumis à la loi qui régit le contrat concernant le transfert ou, si les droits sont transférés autrement que par contrat, à la loi qui régit le transfert;

b) La transférabilité des droits censés être transférés est régie par la loi applicable au contrat de transport; et

c) Quelle que soit la loi applicable conformément aux alinéas a) et b) du paragraphe 1,

i) un transfert qui est normalement autorisé par la loi applicable peut s'effectuer par des moyens électroniques,

ii) un transfert doit être notifié au transporteur par son auteur ou, si une autre loi applicable l'autorise, par son bénéficiaire[210], et

---

A/CN.9/526 n'étaient pas conciliables. Ceux qui étaient favorables à une modification du texte ont demandé que ce dernier précise les responsabilités que le porteur exerçant un droit quelconque au titre du contrat de transport assumerait en vertu dudit contrat et on a essayé de modifier le texte. À cet égard, il faudrait peut-être envisager un type particulier de responsabilité, à savoir la responsabilité en cas de perte ou de préjudice matériel ou corporel causé par les marchandises (à l'exclusion, en tout état de cause, de la responsabilité pour manquement aux obligations qui incombent au chargeur en vertu du projet d'article 28).

[208] L'insertion des mots entre crochets dépendra de la décision du Groupe de travail concernant le maintien ou non du texte entre crochets au projet d'article 46.

[209] Le projet d'article 63, précédemment 61 *bis*, a remplacé les projets d'articles 61 et 62 qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, comme le Groupe de travail en a décidé au paragraphe 213 du document A/CN.9/576, après avoir examiné les aspects de l'article 63 liés au commerce électronique, comme indiqué au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, et après avoir étudié la possibilité de remplacer les projets d'articles 61 et 62 par le projet d'article 63 aux paragraphes 212 et 213 du document A/CN.9/576.

[210] Comme indiqué dans la note 57 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, si la notification du transfert par l'auteur du transfert est une règle courante, certains pays exigent qu'elle soit faite par le bénéficiaire du transfert. Aussi a-t-il été proposé de remplacer le membre de phrase "soit par son auteur soit par le bénéficiaire du transfert" par le membre de phrase "par son auteur ou, si une autre loi applicable l'autorise, par son bénéficiaire", de manière à imposer la charge de la notification à l'auteur du transfert, tout en conservant la possibilité d'une notification par le bénéficiaire, lorsque cela est autorisé.

iii) si un transfert inclut des responsabilités qui sont liées au droit transféré ou qui en découlent, l'auteur et le bénéficiaire du transfert assument solidairement ces responsabilités.

CHAPITRE 13. LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ

Article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité[211]

1. Sous réserve des articles 65 et 66-1, la responsabilité du transporteur pour manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention[212] est limitée à [...] unités de compte par colis ou autre unité de chargement, ou à [...] unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable, sauf lorsque la nature et la valeur des marchandises ont été déclarées par le chargeur avant l'expédition et figurent dans les données du contrat, ou lorsqu'un montant supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre le transporteur et le chargeur.

Variante A du paragraphe 2[213]

[2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque a) le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard de livraison a été causé][214] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi et b) des dispositions d'une convention internationale [ou de la législation nationale] seraient applicables conformément à l'article 27 si la perte, le dommage [ou le retard] étaient survenus pendant le transport qui a précédé ou suivi le transport par mer, la responsabilité du transporteur pour cette perte, ce dommage [ou ce retard] est limitée conformément aux dispositions sur la limitation prévues dans une convention internationale [ou la législation nationale][215] qui aurait été applicable si le lieu du dommage avait été établi ou conformément aux dispositions sur la limitation de la présente Convention, la limite de responsabilité la plus élevée étant retenue.]

Variante B du paragraphe 2[216]

[2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard

---

[211] Les paragraphes 1, 2 (ici variante B) et 3 sont tirés du paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, avec des modifications. La variante A du paragraphe 2 est une nouvelle proposition.

[212] Cet ajout rend apparemment inutile la référence à la perte ou au dommage "[lié aux marchandises]".

[213] La variante A vise à clarifier le texte de la variante B, qui figurait au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, et non à modifier l'approche suggérée.

[214] Voir *infra*, note 217.

[215] Texte mis entre crochets pour faire pendant au texte de l'article 27-1, sous réserve de la décision du Groupe de travail.

[216] Cette variante correspond au texte qui figurait au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

de livraison a été causé][217] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales [et nationales][218] régissant les différentes parties du transport s'applique.]

3. Lorsque les marchandises sont transportées dans ou sur un conteneur, une palette ou un engin de transport similaire utilisé pour grouper des marchandises[219], les colis ou les unités de chargement énumérés dans les données du contrat comme ayant été placés dans ou sur cet engin de transport sont considérés comme plusieurs colis ou unités de chargement. En l'absence d'une telle énumération, les marchandises placées dans ou sur cet engin de transport sont considérées comme une seule unité de chargement.

4. L'unité de compte visée dans le présent article est le droit de tirage spécial tel qu'il est défini par le Fonds monétaire international. Les montants mentionnés dans le présent article sont convertis dans la monnaie nationale d'un État suivant la valeur de cette monnaie à la date du jugement ou à une date convenue par les parties. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie nationale d'un État contractant qui est membre du Fonds monétaire international est calculée selon la méthode d'évaluation appliquée par le Fonds monétaire international à la date en question pour ses propres opérations et transactions. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie d'un État contractant qui n'est pas membre du Fonds monétaire international est calculée de la façon déterminée par cet État[220].

---

[217] Comme indiqué dans la note 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte du paragraphe 2 a été conservé entre crochets, et une référence au retard de livraison a été introduite entre crochets en vue de la poursuite du débat.

[218] Voir *supra*, note 215.

[219] Comme indiqué dans la note 17 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudrait peut-être examiner plus avant la définition du terme "conteneur" au projet d'article premier afin qu'elle englobe les palettes. Les ajouts proposés reflètent l'article IV.5 des Règles de La Haye-Visby et l'article 6-2 des Règles de Hambourg.

[220] Le texte du paragraphe 4 est pour l'essentiel identique au paragraphe 1 du texte à caractère non impératif adopté par la CNUDCI à sa quinzième session (A/37/17, par. 53 à 55 et 63, et annexe I, reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XIII, 1982, p. 12) pour la clause relative à l'unité de compte en vue de l'élaboration future de conventions internationales comportant des clauses sur la limitation de la responsabilité. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la possibilité d'ajouter le paragraphe suivant, qui correspond au paragraphe 2 du texte adopté en 1982 par la Commission:

"5. Le calcul mentionné à la dernière phrase du paragraphe 4 doit être fait de façon à exprimer en monnaie nationale de l'État contractant la même valeur réelle, dans la mesure du possible, que celle qui est exprimée en unités de compte au présent article. Au moment de la signature ou lors du dépôt de leur instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, et chaque fois qu'un changement se produit dans leur méthode de calcul, les États contractants communiquent au dépositaire leur méthode de calcul".

Article 65. Responsabilité pour le préjudice causé par le retard[221]

Variante A[222]

Sous réserve de l'article 66-2, le montant de la réparation en cas de perte physique ou d'endommagement des marchandises résultant d'un retard doit être calculé conformément à l'article 23 et [, sauf convention contraire,] la responsabilité[223] pour le préjudice économique résultant d'un retard est limitée à un montant équivalent à [une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Le montant total payable en vertu du présent article et de l'article 64-1 ne peut pas dépasser la limite qui serait fixée conformément à l'article 64-1 pour la perte totale des marchandises concernées.

Variante B[224]

Sous réserve de l'article 66-2 et sauf convention contraire[225], si un retard de livraison cause un préjudice [indirect][226] qui ne résulte pas de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées et n'est donc pas couvert par l'article 23, la responsabilité[227] pour ce préjudice est limitée à un montant équivalent à [une fois][228] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Le montant total payable en vertu du présent article et de l'article 64-1 ne peut pas dépasser la limite qui serait fixée conformément à l'article 64-1 pour la perte totale des marchandises concernées.

Article 66. Déchéance du droit de limiter sa responsabilité[229]

1. Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 19 ne peuvent limiter leur responsabilité comme prévu aux articles 26-4 et 64[230], [ni

---

[221] L'ancien projet d'article 16-2, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, a été déplacé pour former ici un article distinct dans le chapitre 13.

[222] La variante A se fonde sur un texte proposé pour la première phrase du paragraphe 2 dans la note 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Les changements ont pour seul but de clarifier le libellé en ce qui concerne les dommages indirects, comme suggéré au paragraphe 25 du document A/CN.9/552.

[223] Le mot "responsabilité" est proposé pour que le texte soit cohérent avec le nouveau chapitre créé sur la "limitation de la responsabilité".

[224] La variante B est une version légèrement modifiée du texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, comme indiqué au paragraphe 3 du document A//CN.9/WG.III/WP.39, et comme convenu aux paragraphes 20, 22, 24, 28 et 31 du document A/CN.9/552.

[225] Comme indiqué dans la note 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la formule "sauf convention contraire" a été ajoutée au début du paragraphe 2, mais il faudrait réexaminer la question dans le contexte du projet d'article 66 et du chapitre 20.

[226] Comme indiqué dans la note 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il a été proposé de clarifier le libellé concernant les dommages indirects.

[227] Voir *supra*, note 223.

[228] Comme indiqué dans la note 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte "[une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard" a été ajouté au paragraphe 2 en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure.

[229] Modifications au texte figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[230] Comme indiqué dans la note 34 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudra peut-être étudier plus avant la proposition d'ajouter un renvoi à l'article 23 dans le contexte du chapitre 20.

conformément au contrat de transport][231] si le demandeur prouve que [232] la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le non-respect des obligations incombant au transporteur en vertu de la présente Convention[233] résulte d'un acte ou d'une omission que la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité a commis soit dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.

2. Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 19 ne peuvent limiter leur responsabilité comme prévu à l'article 65, si le demandeur prouve que le retard de livraison résulte d'un acte ou d'une omission que la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité a commis soit dans l'intention de provoquer le préjudice dû au retard, soit témérairement en sachant que ce préjudice en résulterait probablement[234].

CHAPITRE 14. DROITS D'ACTION[235]

Article 67. Parties

Variante A[236]

1. Sans préjudice des articles 68 et 68 b), les droits découlant du contrat de transport ne peuvent être opposés au transporteur ou à une partie exécutante que par:

a) Le chargeur, dans la mesure où il a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport;

b) Le destinataire, dans la mesure où il a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport; ou

c) Toute personne à laquelle le chargeur ou le destinataire a transféré ses droits ou qui a acquis des droits au titre du contrat de transport par subrogation en vertu de la législation nationale applicable, tel un assureur, dans la mesure où la personne dont elle a acquis les droits par transfert ou subrogation a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport.

---

[231] Comme indiqué dans la note 35 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a maintenu entre crochets les mots "[ni conformément au contrat de transport]" en attendant les discussions sur le chapitre 20.

[232] La référence au retard a été supprimée suite à l'ajout du paragraphe 2 à l'article 66.

[233] Cet ajout semble avoir rendu inutile la formule "ou lié aux marchandises".

[234] Il est proposé que la déchéance du droit de limiter sa responsabilité pour le préjudice causé par un retard soit traitée séparément du paragraphe 1. Le paragraphe 2 a été ajouté à cette fin.

[235] Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations et des corrections sont proposées.

[236] La variante A se fonde sur le texte initial du projet de convention, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21. Les modifications apportées au texte initial, en particulier la fusion des alinéas c) et d) et le déplacement de la dernière phrase de l'article pour en faire un paragraphe distinct (numéroté 2) ne changent en rien le fond et sont uniquement des corrections de forme pour éviter toute ambiguïté éventuelle dans le texte initial.

2. En cas de transmission de droits d'action par transfert ou subrogation conformément à l'alinéa c) du paragraphe 1, le transporteur et la partie exécutante peuvent opposer à ce tiers toutes les exonérations et limites de responsabilité dont ils peuvent se prévaloir en vertu du contrat de transport et de la présente Convention[237].

Variante B

Tout droit découlant d'un contrat de transport ou attaché à celui-ci peut être opposé par toute personne ayant un intérêt légitime dans l'exécution d'une obligation quelconque découlant de ce contrat ou attachée à celui-ci, lorsqu'elle a subi une perte ou un dommage[238].

Article 68. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis:

a) Le porteur peut opposer des droits en vertu du contrat de transport au transporteur ou à une partie exécutante, qu'il ait ou non lui-même subi une perte ou un dommage; et[239]

b) Lorsque le demandeur n'est pas le porteur, il doit, outre prouver qu'il a subi une perte ou un dommage résultant d'une violation du contrat de transport, prouver que le porteur n'a pas subi la perte ou le dommage faisant l'objet de la demande[240].

---

[237] Comme indiqué dans la note 210 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, bien que l'idée de supprimer le projet d'article 67 ait été largement appuyée, le Groupe de travail a décidé de ne pas se prononcer sur cette disposition avant d'avoir achevé la lecture des projets d'articles et examiné de façon plus approfondie le champ d'application du projet de convention.

[238] Comme indiqué dans la note 211 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le secrétariat a été prié d'établir une variante de cet article consistant en une déclaration générale reconnaissant le droit de toute personne ayant un intérêt légitime dans le contrat de transport d'exercer un droit d'action si elle a subi une perte ou un dommage. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la variante B proposée traite de manière adéquate la situation du transitaire.

[239] Comme indiqué dans la note 212 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, bien qu'aucune demande n'ait apparemment été adressée au secrétariat en ce qui concerne le projet d'article 68, d'un point de vue rédactionnel, le libellé pourrait être amélioré comme proposé ici. Il n'est pas certain d'ailleurs que les mots "qu'il ait ou non lui-même subi une perte ou un dommage" soient nécessaires. En fait, si le droit du porteur est reconnu, que celui-ci ait ou non subi une perte ou un dommage, la relation entre ce porteur et la personne ayant subi la perte ou le dommage reste en dehors du champ d'application du projet de convention.

[240] Le fait de déplacer l'ancien projet d'article 65 pour en faire le nouvel alinéa b) du projet d'article 68 constitue semble-t-il une amélioration de forme permettant de réunir ces dispositions en un seul et même article.

CHAPITRE 15. DÉLAI POUR AGIR[241]

Article 69. Prescription des actions

Variante A[242]

Le transporteur est dégagé de toute responsabilité prévue dans la présente Convention[243] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an. Le chargeur est dégagé de toute responsabilité prévue au chapitre 8 de la présente Convention si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an[244].

Variante B

[Tous les droits] [Toutes les actions] en vertu de la présente Convention sont [éteints] [prescrites] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an.

Article 70. Point de départ du délai de prescription

Le délai visé à l'article 69 court à partir du jour où le transporteur a achevé la livraison des marchandises concernées conformément à l'article 11-4 ou 11-5 ou, lorsque les marchandises n'ont pas été livrées, à partir du [dernier] jour où elles

---

[241] Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations et des corrections sont proposées.

[242] La variante A repose sur le texte initial du projet de convention qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

[243] Proposition pour aligner la disposition sur le projet d'article 64.

[244] Comme indiqué dans la note 215 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat de placer le mot "un" entre crochets et d'établir une version révisée du projet d'article 69, qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

On a demandé, au paragraphe 166 du document A/CN.9/526, pourquoi l'article parlait de la responsabilité du chargeur prévue uniquement au chapitre 8 du projet de convention et non pas aussi de sa responsabilité au titre d'autres chapitres, comme le chapitre 9, à présent supprimé. Il a également été déclaré que toutes les personnes susceptibles de devoir assumer une responsabilité en vertu du contrat de transport devraient être incluses dans le projet d'article 69. L'idée pourrait être que, si le projet de convention ne régit pas toutes les responsabilités découlant du contrat de transport, par exemple la responsabilité du transporteur pour ne pas avoir chargé les marchandises, il serait peut-être bon que le chapitre 15 s'applique à toutes les responsabilités régies par le projet.

La suggestion, présentée au paragraphe 166 du document A/CN.9/526, d'indiquer simplement que toute action relative à des questions traitées dans le projet de convention est prescrite (ou tout droit éteint) pourrait être une bonne solution.

La question a également été posée, au paragraphe 167 de ce même document, de savoir si l'expiration du délai emporte l'extinction du droit ou la prescription de l'action. L'expiration du délai entraîne l'extinction du droit dans les Règles de La Haye-Visby (art. III-3), la COTIF-CIM (art. 47), la Convention de Varsovie (art. 29) et probablement la CMR (art. 32). Elle entraîne la prescription de l'action dans les Règles de Hambourg (art. 20), la Convention multimodale de 1980 (art. 25), la CMNI (art. 24) et la Convention de Montréal (art. 35). Il serait peut-être souhaitable que, pour l'heure, ces deux conséquences soient envisagées. C'est pourquoi un texte prévoyant l'une ou l'autre a été proposé dans la variante B.

auraient dû l'être. Le jour indiqué comme point de départ du délai n'est pas compris dans le délai[245].

Article 71. Prorogation du délai de prescription

La personne contre laquelle une demande est formée peut à tout moment pendant le délai de prescription prolonger ce délai par une déclaration adressée au demandeur. Le délai peut être de nouveau prolongé par une ou plusieurs autres déclarations.

Article 72. Action récursoire

Une action récursoire d'une personne tenue responsable en vertu de la présente Convention peut être exercée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est:

a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État[246] où la procédure est engagée; ou

b) Variante A de l'alinéa b)[247]

Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui exerce l'action récursoire a soit:

i) réglé la créance; soit

ii) elle-même reçu signification de l'assignation.

Variante B de l'alinéa b)

Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle soit:

---

[245] Comme indiqué dans la note 216 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat de conserver le texte du projet d'article 70 et d'envisager d'élaborer éventuellement des variantes reflétant les opinions exprimées.

On a dit, au paragraphe 170 du document A/CN.9/526, que la date de livraison prévue "dans le contrat de transport" pouvant être bien antérieure à la date de la livraison effective, il valait mieux prendre cette dernière comme point de référence. Toutefois, on a fait observer que la livraison pouvait être retardée unilatéralement par le destinataire. Le texte fait référence au jour "où le transporteur a achevé la livraison", soit le jour de la livraison effective.

Des réserves ont également été émises, au paragraphe 171 du même document, au sujet du choix comme point de départ du délai pour agir, en cas de non-livraison des marchandises, du dernier jour où celles-ci auraient dû être livrées. Il risque d'être difficile de trouver une variante et en tout état de cause, lorsque les marchandises n'ont pas été livrées, le "dernier jour" est encore plus difficile à établir. Il est proposé de supprimer ces mots.

On a aussi dit, au paragraphe 172 de ce même document, qu'un demandeur pouvait attendre pour engager une action que le délai pour agir ait pratiquement expiré, de façon à se prémunir contre toute demande reconventionnelle puisque celle-ci serait tardive. On a suggéré, pour résoudre ce problème, que les dispositions de l'article 72 b) ii), comme noté au paragraphe 172, ou un autre article du projet de convention traitent des demandes reconventionnelles. Voir *infra*, proposition pour le projet d'article 73.

[246] Le mot "jurisdiction" a été employé en anglais à la place de "state" pour tenir compte des états fédéraux.

[247] La variante A se fonde sur le texte initial du projet de convention qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

i) la personne qui exerce l'action récursoire a réglé la créance; soit

ii) un jugement définitif qui n'est pas susceptible d'autres recours a été rendu contre la personne qui exerce l'action récursoire[248];

le délai le plus long étant retenu.

Article 73. Demandes reconventionnelles

Une demande reconventionnelle d'une personne tenue responsable en vertu de la présente Convention peut être formée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui forme la demande reconventionnelle a elle-même reçu signification de l'assignation[249].

Article 74. Actions contre l'affréteur coque nue

[Si le propriétaire inscrit d'un navire réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu de l'article 40-3, une action contre l'affréteur coque nue peut être intentée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est:

a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État[250] où la procédure est engagée; ou

b) Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle le propriétaire inscrit [à la fois

i) prouve que le navire faisait l'objet d'un affrètement coque nue au moment du transport; et]

[ii)] identifie de façon appropriée l'affréteur coque nue;][251]

---

[248] Comme indiqué dans la note 219 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 72 qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

Il a été noté, au paragraphe 176 du document A/CN.9/526, que dans certains pays de tradition romano-germanique, il n'était pas possible d'engager une action récursoire tant qu'il n'avait pas été définitivement statué sur l'affaire, et il a été suggéré d'ajuster le délai de 90 jours de sorte qu'il commence à courir à la date de prise d'effet du jugement. Un libellé prévoyant que le délai de 90 jours devrait commencer à courir à la date à laquelle le jugement contre la personne exerçant l'action récursoire deviendrait définitif et insusceptible de recours a été proposé. Ces propositions sont reflétées dans la variante B.

[249] Comme indiqué dans la note 220 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été rappelé, au paragraphe 177 du document A/CN.9/526, que la possibilité de former des demandes reconventionnelles devrait être prévue soit à l'article 72 b) ii) soit dans un article distinct, auquel cas la solution retenue devrait toutefois être analogue à celle de l'article 72 b) ii). Les demandes reconventionnelles sont traitées dans une disposition distincte, à savoir le projet d'article 73.

[250] Voir *supra*, note 246.

[251] Comme indiqué dans la note 221 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 74 qui tienne dûment compte des opinions exprimées. Il a également été noté que, ayant demandé au secrétariat de maintenir le projet d'article 40-3 entre crochets, le Groupe de travail lui a également demandé de maintenir entre crochets le projet d'article 74 étant donné que le sort de ce deuxième article était lié à celui du premier.

le délai le plus long étant retenu.

CHAPITRE 16. COMPÉTENCE

Article 75. Actions contre le transporteur[252]

Dans une procédure judiciaire contre le transporteur[253] relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention, le demandeur[254] peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal d'un État contractant qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile du défendeur[255];

b) Le lieu contractuel de réception ou le lieu contractuel de livraison[256];

[c) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire; ou le port où les marchandises sont finalement déchargées d'un navire;]

d] Tout autre lieu [désigné] [convenu][257] à cette fin dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport[258].

[*Article 76. Conventions attributives de juridiction exclusive*[259]

1. Si le chargeur et le transporteur conviennent que les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sont compétents pour trancher les litiges nés ou pouvant naître dans le cadre de la présente Convention, ce ou ces tribunaux sont compétents. Cette compétence est exclusive, à condition que la convention attributive de juridiction:

La crainte a été exprimée, au paragraphe 180 du document A/CN.9/526, que le délai de 90 jours ne soit pas utile si la personne ayant droit aux marchandises avait des difficultés à identifier le transporteur. On pense que ce problème est réglé par l'alinéa b) ii).

Il a également été suggéré de fusionner les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa b), car la condition posée au sous-alinéa ii) pouvait être considérée comme suffisamment rigoureuse pour englober celle posée au sous-alinéa i). Un texte révisé est proposé.

[252] Texte tel qu'il figure au paragraphe 111 du document A/CN.9/576, révisé comme proposé et précédemment approuvé.

[253] Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 114 du document A/CN.9/576.

[254] Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 114 du document A/CN.9/576.

[255] Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 116 du document A/CN.9/576.

[256] Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 120 du document A/CN.9/576.

[257] Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 124 du document A/CN.9/576.

[258] Comme indiqué au paragraphe 124 du document A/CN.9/576, il faudrait examiner plus avant la question de la situation des tiers dans cette disposition et de la relation avec les clauses attributives de juridiction.

[259] Conformément à la demande exprimée au paragraphe 168 du document A/CN.9/576, ce projet d'article sur les conventions attributives de juridiction exclusive a été préparé pour examen par le Groupe de travail.

a) Soit constatée par écrit ou par une communication électronique;

b) Indique clairement le nom et le lieu du ou des tribunaux choisis ainsi que le nom et l'adresse des parties; et

c) Prévoie expressément que la compétence du ou des tribunaux choisis est exclusive[260].

2. Lorsqu'un for exclusif est convenu conformément au paragraphe 1, le chargeur et le transporteur peuvent aussi convenir expressément que le choix de ce for exclusif s'impose à toute autre personne qui engage une action dans le cadre de la présente Convention à condition que[261]:

Variante A de l'alinéa a)

a) Cette convention soit incluse dans les données du contrat [ou incorporée par référence dans le document de transport ou dans l'enregistrement électronique concernant le transport]; et

Variante B de l'alinéa a)

a) Cette personne soit dûment avisée du lieu où l'action peut être intentée; et

Variante C de l'alinéa a)[262]

a) Cette personne accepte expressément cette convention et que cette acceptation satisfasse aux exigences de l'article 95-6 b); et

b) Le for soit l'un des lieux mentionnés à l'article 75 a), b) ou c).]

Article 77. Actions contre la partie exécutante maritime[263]

Dans une procédure judiciaire contre la partie exécutante maritime relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal d'un État contractant qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se retrouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile de la partie exécutante maritime; ou

b) Le lieu de réception [initiale] des marchandises par la partie exécutante maritime; et le lieu de livraison [finale] des marchandises par la partie exécutante maritime.

---

260 Texte suggéré pour satisfaire aux conditions proposées au paragraphe 161 du document A/CN.9/576. Si cette approche est retenue, cette disposition devrait être ajoutée à la liste des avis figurant au projet d'article 3 et le projet d'article 75 e) pourrait être supprimé.

261 Texte suggéré pour satisfaire aux conditions proposées au paragraphe 164 du document A/CN.9/576. Si cette approche n'est pas retenue, cette disposition devrait être supprimée de la liste des avis figurant au projet d'article 3.

262 Cette variante signifie que le tiers doit expressément accepter d'être lié par la clause attributive, ce qui s'apparente au consentement requis au projet d'article 95-6 b).

263 Texte tel qu'il figurait au paragraphe 125 du document A/CN.9/576, modifié comme proposé et précédemment approuvé.

Article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires

Sous réserve de l'article 80, aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention ne peut être engagée en un lieu autre que ceux désignés à l'article 75 ou 77[264].

Article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires[265]

1. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur la compétence en ce qui concerne:

a) La saisie conservatoire [conformément aux règles applicables du droit international [ou du droit de l'État du for]]; ou

b) Les mesures provisoires ou conservatoires.

[2. Aux fins du présent article, le terme "mesures provisoires ou conservatoires" désigne:

a) Les mesures visant la sauvegarde, la garde provisoire ou la vente de toutes marchandises faisant l'objet du litige; ou

b) Une mesure visant à garantir le montant en litige; ou

c) Une mesure visant la désignation d'un administrateur; ou

d) Toutes autres mesures visant à empêcher qu'une décision judiciaire ou une sentence arbitrale ne puisse être mise à exécution du fait de la dispersion des biens par l'autre partie; ou

e) Une injonction provisoire ou autre mesure provisoire.][266]

---

[264] Afin de répondre aux préoccupations exprimées au paragraphe 42 du document A/CN.9/576, et pour clarifier les choses, il est proposé que la première phrase de l'ancien projet d'article 74 fasse l'objet d'un article distinct (numéroté 78) et que la saisie et les mesures provisoires ou conservatoires soient traitées dans le même article, comme cela est proposé dans le projet d'article 79.

[265] Modifications proposées au texte figurant au paragraphe 130 du document A/CN.9/576, comme convenu au paragraphe 136 de ce même document pour la suite des débats.

[266] Modifications apportées au texte comme convenu pour la suite des discussions au paragraphe 142 du document A/CN.9/576.

Article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance

Variante A du paragraphe 1[267]

[1. Toute action visant à la fois le transporteur et la partie exécutante maritime pour le même fait doit être intentée dans un des lieux spécifiés à l'article 77, que ce lieu soit ou non spécifié à l'article 75.][268]

Variante B du paragraphe 1

[1. Toute action visant à la fois le transporteur et la partie exécutante maritime pour le même fait doit être intentée dans un lieu désigné à la fois à l'article 75 et à l'article 77. Si aucun lieu n'est spécifié dans les deux articles à la fois, cette action doit être intentée dans un des lieux désignés à l'article 77.][269]

Variante C du paragraphe 1[270]

[1. Si le titulaire d'un droit sur les marchandises intente des actions *in solidum* contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime, il doit le faire en l'un des lieux mentionnés à l'article 77, où des actions contre la partie exécutante maritime peuvent être intentées.]

2. Si le transporteur ou une partie exécutante maritime intente une action en vertu de la présente Convention, il ou elle, à la demande du défendeur, doit renoncer à cette action et la réintroduire dans l'un des lieux désignés à l'article 75 ou 77, selon le cas, au choix du défendeur[271].

Article 81. Convention après la survenue du litige[272]

Nonobstant les articles précédents du présent chapitre, une convention attributive de juridiction conclue par les parties au litige né du contrat de transport après la survenue de ce litige est valable[273].

---

[267] La variante C de ce paragraphe correspond au texte convenu pour la suite des débats dans le paragraphe 149 du document A/CN.9/576. Les variantes A et B constitueraient une proposition d'amélioration offrant deux approches possibles entre lesquelles le Groupe de travail pourrait choisir. Selon la variante B, pour déterminer où intenter une action visant à la fois le transporteur et la partie maritime exécutante, il faut se reporter d'abord à un des lieux désignés dans les articles 74 et 76 et seulement après au lieu désigné uniquement à l'article 76. Selon la variante A, l'action ne peut être engagée que dans un lieu désigné à l'article 76, que ce lieu soit ou non mentionné à l'article 74.

[268] Le Groupe de travail notera peut-être que cette approche peut poser des problèmes dans les cas où l'action vise plusieurs parties exécutantes maritimes ou lorsque aucun des lieux désignés à l'article 77 ne se trouve dans un État contractant.

[269] Ibid.

[270] Texte convenu pour la suite des débats au paragraphe 149 du document A/CN.9/576.

[271] Texte convenu pour la suite des débats au paragraphe 152 du document A/CN.9/576, avec propositions de modification. Comme il est noté dans ce paragraphe, il faudrait envisager de limiter l'application de cette disposition aux actions en jugement déclaratif intentées par le transporteur ou par la partie exécutante maritime.

[272] Texte tiré de la variante A du document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[273] Texte convenu pour la suite des débats au paragraphe 171 du document A/CN.9/576.

CHAPITRE 17. ARBITRAGE[274]

Variante A

Article 82

Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique la présente Convention doit être soumis à l'arbitrage.

Article 83

Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doit figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporé par référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution doivent être soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport.

Article 84

La procédure d'arbitrage doit être engagée, au choix du demandeur:

a) Soit en un lieu sur le territoire d'un État dans lequel est situé:

i) l'établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou

[ii) le lieu où le contrat de transport a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou]

iii) le lieu où le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises à transporter ou le lieu de livraison;

b) Soit en tout autre lieu désigné à cette fin par la clause ou le pacte compromissoire.

---

[274] Comme indiqué au paragraphe 179 du document A/CN.9/576, le Groupe de travail a décidé qu'un nouveau projet de ce chapitre lui serait présenté pour examen à une prochaine session, ce qui devrait être fait en principe à sa seizième session. Comme indiqué dans la note 225 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la variante A du chapitre 16 reproduit intégralement les dispositions des Règles de Hambourg, tandis que la variante B omet les dispositions dont le Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime a proposé la suppression.

Article 85

L'arbitre ou le tribunal arbitral doit appliquer les règles de la présente Convention.

Article 85 bis

Les articles 83 et 84 sont réputés inclus dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.

Article 86

Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.

Variante B

Article 82

Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique la présente Convention doit être soumis à l'arbitrage.

Article 83

Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doit figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporé par référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution doivent être soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport[275].

---

[275] Comme indiqué dans la note 227 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le texte modifié du projet d'article 83 sur l'arbitrage dans la variante B ne reproduit pas l'article 22-2 des Règles de Hambourg, jugé trop spécifique.

Article 84[276]

Article 85

L'arbitre ou le tribunal arbitral doit appliquer les règles de la présente Convention.

Article 86

Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.

CHAPITRE 18. AVARIES COMMUNES[277]

Article 87. Dispositions sur les avaries communes

Aucune disposition de la présente Convention ne s'oppose à l'application des dispositions du contrat de transport ou de la législation nationale relatives au règlement des avaries communes.

Article 88. Contribution aux avaries communes

1. [À l'exception du chapitre relatif au délai pour agir], les dispositions de la présente Convention qui régissent la responsabilité du transporteur pour perte ou dommage subi par les marchandises déterminent également si le destinataire peut refuser de contribuer aux avaries communes et si le transporteur est tenu d'indemniser le destinataire de sa contribution éventuelle aux avaries communes ou aux frais de sauvetage.

2. [Toutes les actions en] [Tous les droits à] contribution aux avaries communes sont [prescrites] [éteints] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un an] à compter de la date d'émission du règlement d'avarie commune[278].

---

[276] Comme indiqué dans la note 228 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, afin que la variante B rende compte exactement des délibérations du Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime, cet article a été supprimé. Le CMI n'a pris aucune décision concernant une disposition de remplacement appropriée. (Voir *Yearbook* 1999, p. 113 et, pour plus de détails, *Yearbook* 1997, p. 350 à 356, du CMI).

[277] Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, avec propositions d'améliorations.

[278] Comme indiqué dans la note 230 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a estimé qu'il fallait indiquer plus clairement que les dispositions du projet de convention relatives au délai pour agir ne s'appliquent pas aux avaries communes. Étant donné que le paragraphe 1 prévoit que les dispositions régissant la responsabilité du transporteur déterminent si le destinataire peut refuser de contribuer aux avaries communes et si le transporteur est tenu de l'indemniser, la référence aux dispositions sur le délai pour agir prête à confusion. Il est proposé de la supprimer, en particulier si une disposition spécifique sur le délai pour agir est ajoutée.

Comme il est également suggéré au paragraphe 188 du document A/CN.9/526, une disposition distincte pourrait être consacrée au délai pour agir en cas de litige concernant la contribution aux avaries communes et prévoir, par exemple, que ce délai commencerait à courir

CHAPITRE 19. AUTRES CONVENTIONS[279]

Article 89. Instruments internationaux régissant d'autres modes de transport

Sous réserve de l'article 92, aucune disposition de la présente Convention n'interdit à un État contractant d'appliquer un autre instrument international qui est déjà en vigueur à la date de la présente Convention et qui s'applique à titre obligatoire à des contrats de transport de marchandises effectué essentiellement par un mode autre que le transport par mer[280].

Article 90. Préséance sur des conventions antérieures

[Dans les relations entre ses parties, la présente Convention l'emporte sur les dispositions] [Sous réserve de l'article 102, la présente Convention l'emporte dans les relations entre ses parties sur les dispositions][281] d'une convention antérieure à laquelle celles-ci peuvent être parties [qui sont incompatibles avec ses propres dispositions][282].

Article 91. Limitation globale de la responsabilité

La présente Convention ne modifie aucunement les droits ou obligations du transporteur ou de la partie exécutante prévus dans les conventions internationales ou la législation internationale régissant la limitation de la responsabilité liée à l'exploitation de navires.

à compter de l'émission du règlement d'avarie. Un texte a été élaboré et ajouté à la fin du paragraphe 2. Cette disposition devrait probablement couvrir à la fois les demandes en contribution et les demandes d'indemnisation.

Au paragraphe 189 du document A/CN.9/526, il a été demandé si le paragraphe 1 devrait aussi inclure la responsabilité pour les pertes dues à un retard et aux surestaries. Le Groupe de travail ne semble avoir pris aucune décision à ce sujet.

[279] Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, avec propositions d'améliorations.

[280] Comme indiqué dans la note 231 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, à propos du projet d'article 27 et des discussions sur la relation du projet de convention avec d'autres conventions régissant les transports et avec la législation interne, le secrétariat a reçu pour instruction, aux paragraphes 247 et 250 du document A/CN.9/526, d'établir une disposition sur le conflit de conventions qui pourrait être insérée au chapitre 19. Cette disposition ne devrait pas remettre en question la proposition mentionnée dans la note suivante mais devrait au contraire la compléter. Le libellé de ce nouveau projet d'article 89 est inspiré de l'article 25-5 des Règles de Hambourg.

[281] Variante proposée.

[282] Comme indiqué dans la note 232 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, l'avis, présenté au paragraphe 196 du document A/CN.9/526, selon lequel il serait utile de modifier le projet d'article 91 pour y préciser que le projet de convention l'emporterait sur les autres conventions concernant les transports sauf à l'égard des États qui ne sont pas Parties à la Convention est conforme aux dispositions de l'article 30-4 de la Convention de Vienne. Il est proposé toutefois d'insérer cette nouvelle disposition dans un article distinct plutôt que dans l'actuel projet d'article 91, qui aborde un autre problème plus spécifique et le règle d'une manière tout à fait différente. Cette nouvelle disposition figure dans le projet d'article 90.

Article 92. Autres dispositions sur le transport de passagers et de bagages

La présente Convention ne fait naître aucune responsabilité à raison d'une perte, d'un dommage ou d'un retard à la livraison subi par des bagages pour lesquels le transporteur est responsable en vertu d'une convention ou d'une législation nationale relative au transport des passagers et de leurs bagages.

Article 93. Autres dispositions sur les dommages causés par un accident nucléaire

La présente Convention ne fait naître aucune responsabilité à raison d'un dommage causé par un accident nucléaire si l'exploitant d'une installation nucléaire est responsable de ce dommage:

a) En application de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle qu'elle a été modifiée par son Protocole additionnel du 28 janvier 1964, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 21 mai 1963, telle qu'elle a été modifiée par le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris du 21 septembre 1988 et telle qu'elle a été modifiée par le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 12 septembre 1997, ou de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires du 12 septembre 1997[283], ou

b) En vertu de la législation nationale régissant la responsabilité de ces dommages, à condition toutefois que ladite législation soit à tous égards aussi favorable pour les personnes pouvant être lésées par de tels dommages que la Convention de Paris ou la Convention de Vienne ou encore la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires[284].

---

[283] Afin de tenir compte des modifications qui seront apportées à ces instruments ou des nouveaux instruments qui seront négociés dans l'avenir, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité d'ajouter les mots "y compris tout amendement à ces instruments et tout instrument futur concernant la responsabilité des exploitants d'installations nucléaires pour les dommages causés par un accident nucléaire" ou de prévoir une procédure simple d'amendement tacite limitée à cette disposition qui pourrait être engagée par le dépositaire.

[284] Comme indiqué dans la note 235 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'actualiser la liste des conventions et instruments figurant dans le projet d'article 93 et d'établir une version révisée de cet article qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

Au paragraphe 200 du document A/CN.9/526, on a expliqué que la liste des conventions figurant dans le projet d'article 89 n'était pas complète. Le Protocole de 1998 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 a été mentionné.

Comme indiqué au paragraphe 201 du même document, il a été déclaré que d'autres conventions traitant de la responsabilité pourraient être ajoutées à celles énumérées dans l'article 93, par exemple les conventions concernant la pollution et les accidents. Des objections ont toutefois été soulevées à ce propos. Il est donc suggéré que l'actualisation proposée au paragraphe 202 du document A/CN.9/526 ne concerne que les conventions portant sur les dommages nucléaires.

CHAPITRE 20. VALIDITÉ DES CLAUSES CONTRACTUELLES

Article 94. Dispositions générales

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause est nulle si:

a) Elle exclut ou limite directement ou indirectement les obligations du transporteur ou d'une partie exécutante maritime prévues dans la présente Convention;

b) Elle exclut ou limite directement ou indirectement la responsabilité du transporteur ou d'une partie exécutante maritime pour violation d'une obligation prévue dans la présente Convention;

c) Elle cède au transporteur ou à une personne mentionnée à l'article 19 le bénéfice de l'assurance des marchandises[285].

[2. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause est nulle si:

a) Elle exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement les obligations, prévues au chapitre 8, du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 34; ou

b) Elle exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement la responsabilité du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 34 pour violation de leurs obligations prévues au chapitre 8.][286]

Article 95. Règles spéciales pour les contrats de tonnage[287]

1. Nonobstant l'article 94, si les clauses d'un contrat de tonnage sont soumises à la présente Convention en vertu de l'article 9-3 b), le contrat de tonnage peut prévoir des devoirs, droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans la présente Convention à condition que le contrat de tonnage [soit accepté par écrit ou électroniquement], énonce clairement qu'il déroge à la présente Convention et:

a) Soit négocié individuellement; ou

b) Indique clairement lesquelles de ses sections contiennent les dérogations[288].

2. Une dérogation en vertu du paragraphe 1 doit être énoncée dans le contrat et ne peut être incorporée dans ce contrat par référence à un autre document[289].

3. Un [barème public de prix et de services d'un transporteur,] document de transport, enregistrement électronique concernant le transport ou document similaire n'est pas un contrat de tonnage au regard du paragraphe 1, mais un contrat de

---

[285] Tel qu'approuvé pour la suite des débats au paragraphe 77 du document A/CN.9/576.

[286] Tel qu'approuvé pour la suite des débats au paragraphe 85 du document A/CN.9/576, après examen des obligations du chargeur au chapitre 8.

[287] Texte tel qu'il figure au paragraphe 52 du document A/CN.9/576.

[288] Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 85 du document A/CN.9/576.

[289] Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 89 du document A/CN.9/576.

tonnage peut incorporer ces documents par référence en tant que clauses contractuelles[290].

4. Le droit de dérogation prévu au présent article s'applique aux clauses qui régissent les expéditions effectuées dans le cadre du contrat de tonnage dans la mesure où ces clauses sont soumises à la présente Convention en vertu de l'article 9-3 a)[291].

5. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Aux obligations énoncées à l'article 16-1 a) et b) [ni à la responsabilité découlant de leur violation ou à la limitation de cette responsabilité];

[b) Aux droits et obligations énoncés aux articles [28], [29], [30], [33] et [66] [ni à la responsabilité découlant de leur violation.]][292]

6. Le paragraphe 1 s'applique:

a) Entre le transporteur et le chargeur;

b) Entre le transporteur et toute autre partie qui a expressément consenti [par écrit ou électroniquement] à être liée par les clauses du contrat de tonnage qui dérogent à la présente Convention. [Le consentement exprès doit démontrer que la partie consentante a reçu un avis qui indique clairement que le contrat de tonnage déroge à la présente Convention et le consentement n'est pas exprimé dans un [barème public de prix et de services d'un transporteur,] document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport. Il incombe au transporteur de prouver que les conditions de dérogation ont été remplies.][293]

Article 96. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises[294]

Nonobstant les chapitres 5 et 6 de la présente Convention et les obligations du transporteur[295], les clauses du contrat de transport peuvent exclure ou limiter la responsabilité à la fois du transporteur et d'une partie exécutante maritime si:

a) Les marchandises sont des animaux vivants sauf lorsqu'il est prouvé que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un acte ou d'une omission que le

---

290 Comme indiqué au paragraphe 89 du document A/CN.9/576, il a été décidé de conserver ce paragraphe dans le texte en vue de la poursuite de la discussion.

291 Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 92 du document A/CN.9/576.

292 Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 99 du document A/CN.9/576, compte tenu des propositions d'insérer d'autres articles du projet de convention et les dispositions du projet sur la compétence et l'arbitrage; la clarification de la relation entre le projet d'article 95-5 et les autres paragraphes du projet d'article 94, ainsi qu'avec les dispositions d'autres instruments internationaux sur les transports, et la possibilité d'insérer dans le projet d'article 95-5 une référence à la responsabilité pour comportement intentionnel ou téméraire devraient être examinées plus avant.

293 Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 104 du document A/CN.9/576. La proposition d'insérer un renvoi aux paragraphes 1 à 5 du projet d'article 95 dans le chapeau du projet d'article 95-6 devrait être examinée.

294 Texte tel qu'il figure au paragraphe 52 du document A/CN.9/576.

295 Tel qu'approuvé pour la suite des discussions aux paragraphes 106 et 109 du document A/CN.9/576.

transporteur [ou une personne mentionnée à l'article 19] ou une partie exécutante maritime[296] a commis témérairement en sachant que cette perte, ce dommage ou ce retard en résulterait probablement; ou

b) Le caractère ou la condition des marchandises ou les circonstances et conditions dans lesquelles le transport doit se faire sont de nature à justifier raisonnablement une convention spéciale, pour autant que des expéditions commerciales ordinaires faites au cours d'opérations commerciales ordinaires ne soient pas concernées et qu'aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport ne soit émis pour le transport des marchandises.

CHAPITRE 21. CLAUSES FINALES

Article 97. Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention[297].

Article 98. Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États [à [...] du [...] au [...] puis] au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du […] au […].

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies[298].

Article 99. Réserves

Aucune réserve à la présente Convention n'est autorisée[299].

Article 100. Effet dans les unités territoriales nationales

1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou

---

[296] Tel qu'approuvé pour la suite des discussions aux paragraphes 107 et 109 du document A/CN.9/576.

[297] Texte tiré de l'article 15 du projet de convention sur les contrats électroniques et de l'article 27 des Règles de Hambourg.

[298] Texte tiré de l'article 16 du projet de convention sur les contrats électroniques.

[299] Texte inspiré de l'article 22 du projet de convention sur les contrats électroniques et de l'article 29 des Règles de Hambourg.

plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État[300].

Article 101. Entrée en vigueur

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai [d'un an] [de six mois] à compter de la date du dépôt du [vingtième] [troisième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout État qui deviendra État contractant à la présente Convention après la date du dépôt du [vingtième] [troisième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai [d'un an] [de six mois] à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit État.

3. Chaque État contractant doit appliquer les dispositions de la présente Convention aux contrats de transport qui seront conclus à partir de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard[301].

Article 102. Dénonciation d'autres conventions

1. Tout État qui ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère et qui est partie à l'un des instruments suivants ou à tous doit en même temps dénoncer, selon le cas, les accords internationaux concernés à cet effet: la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924; le Protocole, signé le 23 février 1968, portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924; et le Protocole signé à Bruxelles le 21 décembre 1979 portant

---

[300] Texte tiré de l'article 18 du projet de convention sur les contrats électroniques. Voir aussi l'article 52 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 16 novembre 2001).

[301] Texte tiré de l'article 30 des Règles de Hambourg. Il est à noter que le second délai proposé entre crochets est tiré de l'article 23 du projet de convention sur les contrats électroniques. Le délai choisi pour l'entrée en vigueur, qui est fonction à la fois du nombre de ratifications requis et du délai requis après le dépôt de l'instrument approprié, est généralement le délai considéré comme suffisant pour permettre aux milieux d'affaires pour s'adapter au nouveau régime.

modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, telle qu'amendée par le Protocole de modification du 23 février 1968; ou encore la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, conclue à Hambourg le 31 mars 1978.

2. Aux fins du présent article, les ratifications, acceptations, approbations et adhésions effectuées à l'égard de la présente Convention par des États parties aux instruments énumérés au paragraphe 1 ne prendront effet qu'à la date à laquelle les dénonciations éventuellement requises de la part desdits États pour ces instruments auront elles-mêmes pris effet. Le dépositaire de la présente Convention doit s'entendre avec le Gouvernement belge, dépositaire des autres conventions, pour assurer la coordination nécessaire à cet égard[302].

Article 103. Révision et amendements

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire doit convoquer une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée[303].

---

[302] Texte tiré de l'article 99-3 et 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Voir aussi l'article 31 des Règles de Hambourg et l'article 55 de la Convention de Montréal. L'approche suivie dans cette dernière n'exige pas de dénonciation formelle des autres conventions mais considère que la Convention de Montréal prévaut dans les relations entre les États qui sont également parties aux autres conventions. De ce fait, le régime en place entre un État contractant de la nouvelle convention en question et un État non contractant continuerait de s'appliquer même après l'entrée en vigueur de la nouvelle convention et jusqu'à ce que les deux États deviennent États contractants à la nouvelle convention.

[303] Texte tiré de l'article 32 des Règles de Hambourg. Les procédures d'amendement sont peu fréquentes dans les textes de la CNUDCI. Les Règles de Hambourg énoncent cependant une disposition générale, dans leur article 32, et une disposition spéciale, dans leur article 33, pour la révision des montants de limitation et de l'unité de compte. Dans le projet de convention sur les contrats électroniques, la Commission a décidé de ne pas insérer de disposition sur les amendements du fait que les États parties à la Convention peuvent engager une procédure d'amendement conformément au droit général des traités (le plus souvent, avec une conférence diplomatique et un protocole portant modification, comme dans le cas de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée par le Protocole du 11 avril 1980, New York, 14 juin 1974), lorsque cela est possible, après discussion au sein de la Commission. Il est à noter que les dispositions des projets d'articles 25 et 103 sur les amendements peuvent être adoptées indépendamment.

Article 104. Modification des limites[304]

1. Sans préjudice de l'article 103, la procédure spéciale définie dans le présent article s'applique uniquement aux fins de modifier les limites fixées à l'article 64-1 de la présente Convention.

2. À la demande d'au moins [un quart[305]] des États contractants à la présente Convention[306], le dépositaire doit communiquer toute proposition visant à modifier les limites prévues à l'article 64-1 de la présente Convention à tous les États contractants[307] et doit réunir un comité composé d'un représentant de chaque État contractant en vue d'examiner la modification proposée.

3. La réunion du comité doit se tenir en même temps et au même endroit que la prochaine session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

4. Les amendements doivent être adoptés par le comité à la majorité des deux tiers de ses membres présents et votants[308].

5. Lorsqu'il se prononce sur une proposition visant à modifier les limites, le Comité doit tenir compte de l'expérience acquise en matière d'événements et, en

---

[304] Texte tel qu'il figure au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises. Comme indiqué dans la note 19 de ce document, la présente proposition s'inspire de la procédure de modification énoncée à l'article 23 du Protocole de 2002 à la Convention d'Athènes et à l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (CRET). Des approches similaires ont été adoptées dans un certain nombre de conventions de l'Organisation maritime internationale (OMI), comme le Protocole de 1992 portant modification de la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, le Protocole de 1992 portant modification de la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, le Protocole de 2003 à la Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (non encore entré en vigueur), le Protocole de 1996 portant modification de la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes et la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses.

[305] Comme indiqué dans la note 21 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-2 du Protocole à la Convention d'Athènes fait mention de "la moitié" et non d'"un quart" des États parties.

[306] Comme indiqué dans la note 22 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-2 du Protocole à la Convention d'Athènes inclut le membre de phrase "et, en tout cas, d'un minimum de six" des États parties.

[307] Comme indiqué dans la note 24 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-2 du Protocole à la Convention d'Athènes fait également référence aux membres de l'Organisation maritime internationale.

[308] Comme indiqué dans la note 25 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-5 du Protocole à la Convention d'Athènes est libellé comme suit: "Les amendements sont adoptés à la majorité des deux tiers des États Parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, présents et votants au sein du Comité juridique ... à condition que la moitié au moins des États Parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, soient présents au moment du vote."

particulier, du montant des dommages en résultant, des fluctuations de la valeur des monnaies et de l'incidence de l'amendement proposé sur le coût des assurances[309].

6. a) Aucun amendement visant à modifier les limites en vertu du présent article ne peut être examiné avant l'expiration d'un délai de [cinq[310]] ans à compter de la date à laquelle la présente Convention a été ouverte à la signature, ni d'un délai de [cinq] ans à compter de la date d'entrée en vigueur d'un amendement antérieur adopté en vertu du présent article;

b) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant à la limite fixée dans la présente Convention majorée de [6] % par an, en intérêt composé, à compter de la date à laquelle la présente Convention a été ouverte à la signature[311];

c) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant au [triple] de la limite fixée dans la présente Convention[312].

7. Tout amendement adopté conformément au paragraphe 4 doit être notifié par le dépositaire à tous les États contractants. L'amendement est réputé avoir été accepté à l'expiration d'un délai de [dix-huit[313]] mois après la date de sa notification, à moins que, durant cette période, [un quart[314]] au moins des États qui étaient des États contractants au moment de l'adoption de l'amendement ne fassent savoir au dépositaire qu'ils ne l'acceptent pas, auquel cas l'amendement est rejeté et n'a pas d'effet.

8. Un amendement réputé avoir été accepté conformément au paragraphe 7 entre en vigueur [dix-huit[315]] mois après son acceptation.

---

309 Comme indiqué dans la note 26 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, cette disposition est reprise de l'article 23-6 du Protocole à la Convention d'Athènes. Voir, également, l'article 24-4 de la CRET.

310 Comme indiqué dans la note 27 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, les paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 proposent un délai, pour ce projet de paragraphe, de sept ans, et non de cinq.

311 Comme indiqué dans la note 28 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on ne trouve aucune disposition similaire dans la CRET. On pourrait aussi adopter, comme proposé aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant correspondant à la limite fixée dans la présente Convention augmentée ou diminuée de 21 % en une seule fois."

312 Comme indiqué dans la note 29 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on ne trouve aucune disposition similaire dans la CRET. On pourrait aussi adopter, comme proposé aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant dépassant, au total, de plus de 100 %, cumulativement, la limite fixée dans la présente Convention."

313 Comme indiqué dans la note 30 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, les paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 proposent un délai, pour les projets de paragraphes 7, 8 et 10, de douze mois, et non dix-huit.

314 Comme indiqué dans la note 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 24-7 de la CRET indique "un tiers au moins des États qui étaient parties".

315 Des conventions récentes de l'OMI ont réduit le délai à douze mois en cas d'extrême urgence. Voir, par exemple, l'article 24-8 du Protocole de 2003 de 1992 à la Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

9. Tous les États contractants sont liés par l'amendement, à moins qu'ils ne dénoncent la présente Convention, conformément à l'article 105, six mois au moins avant l'entrée en vigueur de cet amendement. Cette dénonciation prend effet lorsque l'amendement entre en vigueur.

10. Lorsqu'un amendement a été adopté mais que le délai d'acceptation de [dix-huit mois] n'a pas encore expiré, tout État devenant État contractant durant cette période est lié par l'amendement si celui-ci entre en vigueur. Un État qui devient État contractant après expiration de ce délai est lié par tout amendement qui a été accepté conformément au paragraphe 7. Dans les cas visés par le présent paragraphe, un État est lié par un amendement à compter de la date d'entrée en vigueur de l'amendement ou de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, si cette dernière date est postérieure.

Article 105. Dénonciation de la présente Convention

1. Tout État contractant peut à tout moment dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification[316].

FAIT à [...], le [...], en un seul original, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

---

[316] Texte tiré de l'article 34 des Règles de Hambourg. La deuxième phrase du paragraphe 2 n'est pas absolument nécessaire mais figure dans les Règles de Hambourg et dans d'autres traités de la CNUDCI, comme le projet de convention sur les contrats électroniques. Elle n'apparaît pas, par exemple, à l'article 27 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire de 2005 (texte le plus récent déposé auprès du Secrétaire général), qui est libellé un peu différemment:

> "1. Tout État partie peut dénoncer la présente Convention par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.
> 2. La dénonciation prendra effet un an après la date à laquelle la notification aura été reçue par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies."

Annexe II[1]

Droit des transports

Projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Note du secrétariat

Table des matières

Page

Annexe II Projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] . . . 83
Chapitre 1. Dispositions générales . . . 83
Article 1. Définitions . . . 83
Article 2. Interprétation de la présente Convention . . . 88
Article 3. Conditions de forme . . . 89
Article 4. Applicabilité des exonérations et limitations . . . 89
Chapitre 2. Communication électronique . . . 90
Article 5. Utilisation et effet des communications électroniques . . . 90
Article 6. Procédures d'utilisation des enregistrements électroniques négociables concernant le transport . . . 90
Article 7. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport . . . 91
Chapitre 3. Champ d'application . . . 91
Article 8. Champ d'application général . . . 91
Article 9. Exclusions et inclusions particulières . . . 92
Article 10. Application à certaines parties . . . 93
Chapitre 4. Durée de la responsabilité . . . 93
Article 11. Durée de la responsabilité du transporteur . . . 93
Article 12. Transport sortant du contrat de transport . . . 94
Chapitre 5. Obligations du transporteur . . . 95
Article 13. Transport et livraison des marchandises . . . 95
Article 14. Obligations particulières . . . 95
Article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses . . . 95
Article 16. Obligations applicables au voyage par mer . . . 96
Chapitre 6. Responsabilité du transporteur pour perte, dommage ou retard . . . 97
Article 17. Fondement de la responsabilité . . . 97
Article 18. Responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions . . . 99
Article 19. Responsabilité du transporteur du fait d'autrui . . . 99

---

[1] Pour plus de commodité et pour faciliter le débat du Groupe de travail, l'annexe II présente le texte du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] en indiquant les changements apportés à la version la plus récente des dispositions, les passages supprimés étant barrés et les passages nouveaux soulignés.

Article 20. Responsabilité des parties exécutantes maritimes 100
Article 21. Responsabilité solidaire et compensation. 101
Article 22. Retard 102
Article 23. Calcul de la réparation. 103
Article 24. Avis de perte, de dommage ou de retard 103
Chapitre 7. Dispositions supplémentaires relatives à des étapes particulières du transport par mer 104
Article 25. Déroutement durant le transport par mer 105
Article 26. Marchandises en pontée sur des navires. 105
Article 27. Transport précédant ou suivant un transport par mer 107
Chapitre 8. Obligations du chargeur. 108
Article 28. Remise des marchandises pour le transport 108
Article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions 108
Article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents. 108
Article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur 109
Article 32. Fausse déclaration grave du chargeur. 110
Article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses 111
Article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur. 112
Article 35. Responsabilité du chargeur du fait d'autrui 112
Article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur 112
Chapitre 9. Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport. 113
Article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport. 113
Article 38. Données du contrat 114
Article 39. Signature. 115
Article 40. Carence des données du contrat 115
Article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat 116
Article 42. Moyen raisonnable de vérification et bonne foi 117
Article 43. Présomption simple et preuve péremptoire 118
Article 44. Force probante des réserves 119
Article 45. "Fret payé d'avance" 121
Chapitre 10. Livraison au destinataire 122
Article 46. Obligation de prendre livraison. 122
Article 47. Obligation d'accuser réception 122
Article 48. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis 122
Article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis . . 124
Article 50. Instructions insuffisantes. 126
Article 51. Marchandises non livrables. 126
Article 52. Avis d'arrivée à destination. 127
Article 53. Responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables. 128
Chapitre 11. Droit de contrôle 128
Article 54. Définition du droit de contrôle 128
Article 55. Modification du contrat de transport 129
Article 56. Règles applicables en fonction du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport émis 129

Article 57. Exécution de l'instruction par le transporteur 132
Article 58. Marchandises réputées livrées. 134
Article 59. Obligation de fournir des informations, instructions ou documents au transporteur. 134
Article 60. Dérogation conventionnelle 134
Chapitre 12. Transfert de droits 135
Article 61. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis 135
Article 62. Responsabilité du porteur 135
Article 63. Cas où aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis 136
Chapitre 13. Limitation de la responsabilité 137
Article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité 137
Article 65. Responsabilité pour le préjudice causé par le retard 139
Article 66. Déchéance du droit de limiter sa responsabilité 140
Chapitre 14. Droits d'action 141
Article 67. Parties 141
Article 68. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis 142
Chapitre 15. Délai pour agir 142
Article 69. Prescription des actions 142
Article 70. Point de départ du délai de prescription 143
Article 71. Prorogation du délai de prescription. 144
Article 72. Action récursoire 144
Article 73. Demandes reconventionnelles. 145
Article 74. Actions contre l'affréteur coque nue 145
Chapitre 16. Compétence 146
Article 75. Actions contre le transporteur 146
Article 76. Conventions attributives de juridiction exclusive 146
Article 77. Actions contre la partie exécutante maritime. 147
Article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires 148
Article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires 148
Article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance 149
Article 81. Convention après la survenue du litige 150
Chapitre 17. Arbitrage 150
Variante A. Article 82 150
Article 83. 150
Article 84. 151
Article 85. 151
Article 85 *bis* 151
Article 86. 151
Variante B. Article 82 151
Article 83. 151
Article 84. 152
Article 85. 152
Article 86. 152
Chapitre 18. Avaries communes 152
Article 87. Dispositions sur les avaries communes 152
Article 88. Contribution aux avaries communes. 152

Chapitre 19. Autres conventions 153
Article 89. Instruments internationaux régissant d'autres modes de transport 153
Article 90. Préséance sur des conventions antérieures 153
Article 91. Limitation globale de la responsabilité 153
Article 92. Autres dispositions sur le transport de passagers et de bagages 154
Article 93. Autres dispositions sur les dommages causés par un accident nucléaire . . . 154
Chapitre 20. Validité des clauses contractuelles 155
Article 94. Dispositions générales 155
Article 95. Règles spéciales pour les contrats de tonnage 155
Article 96. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises 156
Chapitre 21. Clauses finales 157
Article 97. Dépositaire 157
Article 98. Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion 157
Article 99. Réserves 157
Article 100. Effet dans les unités territoriales nationales 157
Article 101. Entrée en vigueur 158
Article 102. Dénonciation d'autres conventions 158
Article 103. Révision et amendements 159
Article 104. Modification des limites 160
Article 105. Dénonciation de la présente Convention 162

Annexe II

Projet de convention[2] sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer][3]

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définitions

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme “contrat de transport” désigne un contrat par lequel un transporteur s’engage, contre paiement d’un fret, à transporter des marchandises d’un lieu à un autre. Le contrat doit prévoir le transport par mer et peut prévoir le transport par d’autres modes en plus du transport par mer[4].

b) Le terme “contrat de tonnage” désigne un contrat qui prévoit le transport d’une quantité spécifiée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue. La quantité peut être spécifiée sous la forme d’un minimum, d’un maximum ou d’une fourchette[5].

c) Le terme “transport non régulier” désigne tout transport qui n’est pas un transport régulier. Aux fins du présent alinéa, le terme “transport régulier” désigne un service de transport qui i) est offert au public par voie de publicité ou par des moyens similaires et ii) comprend un transport par des navires assurant une liaison régulière entre des ports spécifiés conformément à un calendrier publié de dates de départ[6].

d) Le terme “transporteur” désigne une personne qui conclut un contrat de transport avec un chargeur.

e) Le terme “partie exécutante” désigne une personne autre que le transporteur qui s’acquitte matériellement ou s’engage à s’acquitter de l’une quelconque des obligations du transporteur découlant d’un contrat de transport en ce qui concerne la réception, le chargement, la manutention, l’arrimage, le transport, le soin, le déchargement ou la livraison[7] des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous la supervision ou le contrôle de celui-ci. Le terme “partie exécutante” englobe les parties exécutantes maritimes et les parties exécutantes non maritimes telles que définies

---

[2] Le mot “instrument” a été remplacé par le mot “convention” dans tout le texte, à des fins de cohérence, ce qui ne préjuge toutefois pas de la forme que prendra le présent instrument.

[3] Comme il est noté au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a décidé de conserver le titre actuel sans le modifier en vue de l’examiner ultérieurement.

[4] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé aux paragraphes 53 et 58 de ce même document pour la suite des débats.

[5] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 58 de ce même document pour la suite des débats. Les modifications proposées visent à répondre aux préoccupations exprimées à propos du membre de phrase, précédemment entre crochets, “d’une quantité minimum spécifiée”.

[6] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 58 de ce même document pour la suite des débats.

[7] Liste étoffée pour faire pendant aux obligations particulières énoncées à l’article 14-1.

aux alinéas f) et g) du présent article mais ne s'entend pas d'une personne qui est engagée par un chargeur, une personne mentionnée à l'article 34, un expéditeur, une partie contrôlante[8] ou un destinataire, ou qui est un employé, mandataire, fournisseur ou sous-traitant d'une personne (autre que le transporteur) engagée par un chargeur, une personne mentionnée à l'article 34, un expéditeur, une partie contrôlante ou un destinataire[9].

f) Le terme "partie exécutante maritime" désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement [ou, en cas de transbordement, au premier port de chargement] d'un navire et leur départ du port de déchargement d'un navire [ou du dernier port de déchargement, selon le cas][10]. En cas de transbordement, les parties exécutantes qui s'acquittent à terre de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre le départ des marchandises d'un port et leur arrivée à un autre port de chargement ne sont pas des parties exécutantes maritimes[11].

g) Le terme "partie exécutante non maritime" désigne une partie exécutante qui s'acquitte de l'une quelconque des obligations du transporteur avant l'arrivée des marchandises au port de chargement ou après le départ des marchandises du port de déchargement[12].

h) Le terme "chargeur" désigne une personne qui conclut un contrat de transport avec un transporteur.

i) Le terme "expéditeur" désigne une personne qui remet les marchandises au transporteur ou à une partie exécutante à des fins de transport.

j) Le terme "porteur" désigne

i) une personne qui est actuellement en possession d'un document de transport négociable et

a) S'il s'agit d'un document à ordre, y est identifiée comme le chargeur ou le destinataire, ou est la personne au profit de laquelle le document est dûment endossé, ou

---

[8] Liste étoffée aux fins d'harmonisation avec la liste des parties mentionnées à l'article 10.

[9] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

[10] Comme indiqué dans la note 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, l'idée d'inclure dans la définition du terme "partie exécutante maritime" les déplacements terrestres à l'intérieur d'un port a été soutenue; en revanche, selon une opinion largement partagée, les déplacements entre deux ports physiquement distincts devaient être considérés comme entrant dans les attributions d'une partie exécutante non maritime. Cette précision pourrait être apportée par l'insertion ici du membre de phrase "y compris les mouvements terrestres à l'intérieur d'un même port". Il a en outre été suggéré, au paragraphe 31 du document A/CN.9/544, qu'un transporteur ferroviaire, même s'il fournissait des services à l'intérieur d'un port, soit considéré comme une partie exécutante non maritime. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette proposition.

[11] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

[12] Comme indiqué dans la note 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, on s'est inquiété de savoir si la définition devait viser les parties exécutantes dans les États non contractants. Il a été dit que ce point, s'il était pertinent compte tenu des préoccupations liées à la pratique consistant à rechercher le for le plus avantageux et à la question de l'exécution des jugements étrangers, pourrait être traité ultérieurement à la lumière de la convention dans son ensemble.

b) S'il s'agit d'un document à ordre endossé en blanc ou d'un document au porteur, est le détenteur dudit document; ou

ii) la personne à laquelle un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été délivré ou transféré et qui a le contrôle exclusif de cet enregistrement[13].

k) Le terme "destinataire" désigne une personne habilitée à prendre livraison des marchandises en vertu d'un contrat de transport, d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport.

l) Le terme "droit de contrôle" a le sens qui lui est donné à l'article 54.

m) Le terme "partie contrôlante" désigne la personne qui, en vertu de l'article 56, est habilitée à exercer le droit de contrôle.

n) Le terme "document de transport" désigne un document émis en vertu d'un contrat de transport par le transporteur ou une partie exécutante qui satisfait à l'une des conditions suivantes ou aux deux:

i) il atteste la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu d'un contrat de transport; ou

ii) il atteste ou contient un contrat de transport

o) Le terme "document de transport négociable" désigne un document de transport qui indique, par une mention telle que "à ordre" ou "négociable", ou toute autre mention appropriée reconnue comme ayant le même effet par la loi régissant le document, que les marchandises ont été expédiées à l'ordre du chargeur, à l'ordre du destinataire ou au porteur, et qui n'est pas expressément signalé comme étant "non négociable".

p) Le terme "document de transport non négociable" désigne un document de transport qui ne remplit pas les conditions d'un document de transport négociable.

q) Le terme "communication électronique" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, optiques, numériques ou des moyens analogues faisant que l'information communiquée est accessible pour être consultée ultérieurement[14].

---

[13] Texte du paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, tel que révisé pour la suite des débats au paragraphe 207 du document A/CN.9/576.

[14] Clarification proposée pour que le projet de convention n'établisse pas de distinction inutile entre les moyens de transmission et la forme sous laquelle les données sont conservées. La définition de "communication électronique" s'inspire de celle de "message de données" figurant à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 sans toutefois en reprendre la liste illustrative des techniques utilisées. Dans la Loi type, comme dans le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("projet de convention sur les contrats électroniques", *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n°17* (A/60/17), annexe I), seuls les messages de données qui sont "accessibles pour être consultés ultérieurement" peuvent prétendre à la même valeur juridique que les documents écrits sur papier. Dans le présent projet de convention sur les transports, la notion de "communication électronique" incorpore aussi les critères d'équivalence fonctionnelle entre messages de données et documents écrits posés à l'article 6 de la Loi type et

r) Le terme “enregistrement électronique concernant le transport” désigne l’information contenue dans un ou plusieurs messages émis au moyen d’une communication électronique par un transporteur ou une partie exécutante en vertu d’un contrat de transport, y compris l’information logiquement associée à l’enregistrement électronique sous forme de données jointes, ou autrement liée à cet enregistrement au moment de son émission par le transporteur ou une partie exécutante ou ultérieurement, de manière à en faire partie intégrante, qui satisfait à l’une des conditions suivantes ou aux deux:

i) il atteste la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu d’un contrat de transport; ou

ii) il atteste ou contient un contrat de transport[15].

s) Le terme “enregistrement électronique négociable concernant le transport” désigne un enregistrement électronique concernant le transport:

i) qui indique, par des mentions telles que “à ordre” ou “négociable”, ou par d’autres mentions appropriées[16] reconnues comme ayant le même effet par la loi régissant l’enregistrement, que les marchandises ont été expédiées à l’ordre du chargeur ou à l’ordre du destinataire, et qui n’est pas expressément signalé comme étant “non négociable”; et

ii) dont l’utilisation répond aux exigences de l’article 6-1[17].

t) Le terme “enregistrement électronique non négociable concernant le transport” désigne un enregistrement électronique concernant le transport qui ne remplit pas les conditions d’un enregistrement électronique négociable concernant le transport[18].

u) Les termes “émission” et “transfert” d’un enregistrement électronique négociable concernant le transport désignent la remise et le transfert du contrôle exclusif de l’enregistrement. [Une personne a le contrôle exclusif d’un enregistrement électronique concernant le transport si la procédure utilisée conformément à l’article 6 établit de manière fiable que cette personne est celle qui a les droits sur cet enregistrement.][19]

à l’article 9-2 du projet de convention sur les contrats électroniques, de sorte qu’“une communication électronique” dans le cadre du présent projet doit toujours être en mesure de remplir la même fonction que des documents écrits.

[15] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, qui a été approuvé aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[16] Comme indiqué dans la note 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le mot “approprié” est nécessaire, étant donné l’emploi des termes “reconnues comme ayant le même effet” et s’il faudrait harmoniser en conséquence le libellé, similaire, du projet d’article 1 o).

[17] Texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[18] Texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 185 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[19] Texte figurant au paragraphe 207 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 210 de ce même document pour la suite des débats. Comme indiqué au paragraphe 208 de ce document, la

v) Le terme “données du contrat” désigne toute information concernant le contrat de transport ou les marchandises (y compris des conditions, des mentions, des signatures et des endossements), qui figure dans un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport[20].

w) Le terme “marchandises” désigne les objets, marchandises et articles de nature quelconque [qu’un transporteur ou une partie exécutante [a reçus à des fins de transport] [s’engage à transporter en vertu d’un contrat de transport]] et s’entend également de l’emballage et de tout équipement et conteneur non fourni par ou pour le compte du transporteur ou d’une partie exécutante[21].

x) Le terme “navire” désigne tout bâtiment utilisé pour transporter des marchandises par mer[22].

y) Le terme “conteneur” désigne tout type de conteneur, citerne ou plate-forme transportable, caisse mobile ou toute unité de charge similaire utilisée pour grouper des marchandises[23], et tout équipement accessoire à cette unité de charge[24].

z) Le terme “fret” désigne la rémunération due au transporteur pour le transport de marchandises en vertu d’un contrat de transport[25].

aa) Le terme “domicile” désigne le lieu: a) où une société ou autre personne morale [ou un groupement de personnes physiques ou morales] a i) son siège statutaire, son lieu d’incorporation ou son siège inscrit, selon le cas; ii) son administration centrale, ou iii) son établissement principal, et b) où une personne physique a sa résidence habituelle[26].

---

deuxième phrase a été placée entre crochets non pour exprimer une incertitude quant à la nécessité de l’inclure dans le projet de convention, mais pour indiquer simplement qu’il faudrait réfléchir plus avant à sa formulation. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la proposition, faite au paragraphe 209 du document A/CN.9/576, d’exposer l’intention qui sous-tend cet alinéa dans une note explicative accompagnant le projet de convention.

[20] Texte figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 185 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[21] Eu égard à la discussion dans la note 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il est proposé de supprimer les mots “ou une partie exécutante [a reçus à des fins de transport]”.

[22] Définition ajoutée pour clarifier et uniformiser l’emploi des mots “navire” et “bâtiment” en fonction de l’intention de la disposition considérée. “Navire” signifie bâtiment de mer et “bâtiment” désigne tous les autres engins de navigation.

[23] Les variantes “[transportable par mer]” et “[destiné au transport par mer]” ont été supprimées car inutiles puisque ces questions sont traitées dans les articles où elles se posent, à savoir les projets d’articles 64 et 26.

[24] La note accompagnant le projet d’article 64-3 indique qu’il faudrait peut-être examiner plus avant la définition du terme “conteneur” pour faire en sorte qu’elle englobe les palettes. Il est proposé de mentionner les “palettes”, le cas échéant, à l’article 64-3 plutôt qu’ici.

[25] Il est proposé de supprimer cette définition, du fait que le chapitre sur le fret a été lui-même supprimé et que le “fret” est évoqué dans la définition du “contrat de transport” à l’article 1 a).

[26] Modifications proposées au texte figurant au paragraphe 115 du document A/CN.9/576. Il est suggéré de mentionner les groupements car ces entités dotées de la personnalité juridique sont souvent propriétaires de navires mais n’entrent peut-être pas dans la notion d’“autres personnes morales”. Les notions de “lieu d’incorporation” (place of incorporation) et de “siège inscrit” (registered office) ont été ajoutées par sécurité, car la notion de “siège statutaire” n’est pas universellement reconnue. Tous ces changements sont conformes au texte de l’article 60 du

[bb) [Sauf disposition contraire de la présente Convention,] “le moment de réception” et “le lieu de réception” sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de stipulation relative à la réception des marchandises dans ce contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l’absence de telle stipulation dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde[27].]

[cc) [Sauf disposition contraire de la présente Convention,] “le moment de livraison” et “le lieu de livraison” sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut de stipulation relative à la livraison des marchandises dans ce contrat, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l’absence de telle stipulation dans le contrat de transport ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du déchargement ou débarquement des marchandises du dernier moyen de transport dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport[28].]

Article 2. Interprétation de la présente Convention[29]

Pour l’interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l’uniformité de son application ainsi que d’assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

Article 3. Conditions de forme[30]

Les avis, confirmations, consentements, conventions, déclarations et autres communications visés aux articles 20-2, 24-1, 24-2, 24-3, 38-1 b) et c), 41 c), 47, 52, 56-1, 63-2, 64-1, 71, 76, 95-1 et 95-6 b) doivent[31] être écrits. Les

---

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale [*Journal officiel* n° L 12 du 16/01/2001], dont s’inspirait la définition initiale.

[27] Texte figurant au paragraphe 117 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 120 de ce même document pour la suite des débats. Si cette définition est retenue, le texte devra être aligné sur les projets d’articles 8, 11, 75 et 77.

[28] Ibid. Voir note 343.

[29] Texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[30] Texte figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, avec insertion d’un renvoi aux projets d’articles 20-2, 64-1, 56-1, 63-2, 95-1 et 95-6 b) et modification de la description des types de communication. Le Groupe de travail notera peut-être que la liste n’est pas fermée et devra être étudiée plus avant. Il voudra peut-être aussi examiner s’il est souhaitable d’insérer dans le texte final une note explicative indiquant que tous les avis envisagés dans la présente convention qui ne sont pas inclus dans l’article 3 peuvent être adressés par tout moyen, y compris verbalement, ou par un échange de messages de données qui ne satisfont pas à la définition de “communication électronique”. La définition de “communication électronique” sous-entend que toute communication de ce type doit pouvoir remplir la même fonction que des documents écrits (voir *supra*, note 330).

[31] La CNUDCI a pour habitude d’employer, en anglais, le verbe “shall” (généralement traduit en français par le présent de l’indicatif) dans ses instruments. Il semblerait cependant que la pratique moderne en matière de rédaction législative préfère utiliser d’autres formes comme le verbe “must” (“devoir”). Cette approche plus moderne a été suivie dans la présente version du

communications électroniques peuvent être utilisées à ces fins, à condition qu'elles le soient avec le consentement explicite ou implicite de la partie par laquelle elles sont faites et de la partie à laquelle elles sont destinées.

Article 4. Applicabilité des exonérations et limitations[32]

1. Les exonérations et limitations de responsabilité prévues par la présente Convention et les responsabilités imposées par celle-ci sont applicables dans toute action contre le transporteur ou une partie exécutante maritime pour perte ou dommage subi par les marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport et pour retard de livraison de ces marchandises, ou pour manquement à toute autre obligation prévue dans la présente Convention[33], que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle ou autrement[34].

2. Si une action est intentée[35] contre un employé ou un mandataire du transporteur ou d'une partie exécutante maritime, cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu de la présente Convention si [elle prouve qu'][36]elle a agi dans l'exercice de ses fonctions d'employé ou de mandataire.

CHAPITRE 2. COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE

Article 5. Utilisation et effet des communications électroniques[37]

Sous réserve des conditions énoncées dans la présente Convention,

a) Tout ce qui doit figurer dans ou sur un document de transport conformément à la présente Convention peut être enregistré ou communiqué au moyen de communications électroniques[38] utilisées en lieu et place du document de transport, pour autant que l'émission et l'utilisation ultérieure d'un enregistrement

projet de convention, mais le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner quelle approche est préférable.

[32] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Cet article a été déplacé du chapitre sur la responsabilité du transporteur pour être inséré dans le chapitre premier (Dispositions générales) car il a trait à l'applicabilité générale et à la préséance du projet de convention et non pas simplement à la responsabilité du transporteur.

[33] Les mots "[ou lié aux marchandises]" semblent être devenus inutiles du fait de l'ajout du passage faisant référence au "manquement à toute autre obligation".

[34] Comme indiqué dans la note 52 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la nature potentiellement redondante de l'article 20-4 et du projet d'article 4 devait être examinée plus avant dans la prochaine version du projet de convention. Les modifications apportées à ces dispositions auront peut-être réglé le problème.

[35] La formule "en vertu de la présente Convention" n'a pas été reprise de la disposition parallèle énoncée à l'article 20-4 car une action contre un employé ou un mandataire ne sera pas intentée sur le fondement de la Convention, ces personnes n'y étant pas soumises, à l'exception de la partie exécutante maritime, visée par l'article 20-4.

[36] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte entre crochets devrait être supprimé afin de réduire la charge de la preuve pesant sur l'employé ou le mandataire.

[37] Texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé au paragraphe 187 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[38] Texte figurant au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et modifié au paragraphe 187 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

électronique concernant le transport se fassent avec l'accord explicite ou implicite du transporteur et du chargeur; et

b) L'émission, le contrôle ou le transfert d'un enregistrement électronique concernant le transport produit le même effet que l'émission, la possession ou le transfert d'un document de transport.

Article 6. Procédures d'utilisation des enregistrements électroniques négociables concernant le transport[39]

1. L'utilisation d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport doit être soumise à des procédures qui prévoient:

a) La méthode[40] pour délivrer et transférer cet enregistrement au porteur visé;

b) L'assurance que l'enregistrement conservera son intégrité;

c) La façon dont le porteur de l'enregistrement peut démontrer qu'il est le porteur; et

d) La façon dont il est donné confirmation que la livraison au porteur a eu lieu; ou qu'en vertu de l'article 7-2 ou 49 a) ii), l'enregistrement a perdu tout effet ou validité.

2. Les procédures énoncées au paragraphe 1 doivent être mentionnées dans les données du contrat et être aisément vérifiables[41].

Article 7. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport[42]

1. Si un document de transport négociable a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de remplacer ce document par un enregistrement électronique négociable concernant le transport:

a) Le porteur doit remettre le document de transport négociable, ou tous les documents s'il en a été émis plusieurs, au transporteur;

---

[39] Texte figurant au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[40] Texte figurant au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et modifié aux paragraphes 207 et 210 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

[41] Comme indiqué dans la note 34 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, l'expression "aisément vérifiable" a été employée pour indiquer, sans trop entrer dans le détail, que les procédures requises doivent être accessibles aux parties ayant un intérêt légitime à les connaître avant de prendre un engagement juridique fondé sur la validité de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport. Par ailleurs, il a été noté que le système envisagé fonctionnerait de manière semblable à celui qui régit actuellement l'accès aux conditions des connaissements. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait faire figurer des détails sur la question dans une note ou un commentaire accompagnant le projet de convention.

[42] Texte figurant au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et approuvé au paragraphe 189 du document A/CN.9/576 pour la suite des débats.

b) Le transporteur doit délivrer au porteur un enregistrement électronique négociable concernant le transport qui comprend une mention indiquant que cet enregistrement est émis en remplacement du document de transport négociable; et

c) Le document de transport négociable perd ensuite tout effet ou validité.

2. Si un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de remplacer cet enregistrement par un document de transport négociable:

a) Le transporteur doit délivrer au porteur, en remplacement de cet enregistrement, un document de transport négociable qui comprend une mention indiquant que ce document est émis en remplacement de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport; et

b) Suite à ce remplacement, l'enregistrement électronique concernant le transport perd tout effet ou validité.

CHAPITRE 3. CHAMP D'APPLICATION[43]

Article 8. Champ d'application général[44]

1. Sous réserve de l'article 9-1, la présente Convention s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison sont situés dans des États différents, et le port de chargement [d'un transport maritime] et le port de déchargement [du même transport maritime] sont situés dans des États différents, lorsque:

a) Le lieu de réception [ou port de chargement] est situé dans un État contractant[45]; ou

b) Le lieu de livraison [ou port de déchargement] est situé dans un État contractant; ou

[c) Le contrat de transport prévoit que la présente Convention, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat.][46]

Les références aux [lieux et][47] ports désignent les [lieux et] ports convenus dans le contrat de transport.

---

[43] Pour les chapitres et les articles sans titre, un intitulé a été proposé au Groupe de travail pour examen.

[44] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 62 de ce même document pour la suite des débats.

[45] La CNUDCI a généralement pour habitude d'employer le terme "État contractant" et non "État partie" ou d'autres termes similaires. L'ensemble du projet de convention a été modifié en conséquence.

[46] On pourra se reporter au débat sur cet alinéa, qui est résumé au paragraphe 61 du document A/CN.9/576.

[47] Si l'article premier définit les termes "lieu de réception" et "lieu de livraison", comme il le fait actuellement aux alinéas bb) et cc), il sera alors nécessaire de se référer aux "lieux".

2. La présente Convention s'applique quelle que soit la nationalité du bâtiment, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.

Article 9. Exclusions et inclusions particulières[48]

1. La présente Convention ne s'applique pas:

a) Aux chartes-parties;

b) Aux contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire;

c) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, aux autres contrats de transport non régulier; et

d) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, aux contrats de tonnage.

2. Sans préjudice des alinéas a) et b) du paragraphe 1, la présente Convention s'applique aux contrats de transport non régulier lorsqu'ils sont constatés par ou contenus dans un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui atteste également la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante, sauf entre les parties à une charte-partie ou à un contrat d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire.

3. a) La présente Convention s'applique aux clauses qui régissent chaque expédition effectuée en vertu d'un contrat de tonnage dans la mesure où les dispositions du présent chapitre le spécifient.

b) La présente Convention s'applique aux clauses d'un contrat de tonnage dans la mesure où elles régissent une expédition effectuée dans le cadre d'un contrat de tonnage qui est régi par la présente Convention en vertu de l'alinéa a).

Article 10. Application à certaines parties[49]

Nonobstant l'article 9, si un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport est émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat visé à l'article 9-1 b) ou c), la présente Convention s'applique au contrat que ce document ou cet enregistrement atteste ou contient dans les relations entre le transporteur et l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante, le porteur ou la personne visée à l'article 34 autre que l'affréteur ou la partie au contrat visé à l'article 9-1 b) ou c).

---

[48] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 66 de ce même document pour la suite des débats.

[49] Texte figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 73 de ce même document pour la suite des débats. Il faudra tenir compte de la possibilité d'insérer un renvoi au projet d'article 9-1 d) à la fin du projet d'article 10 et d'apporter tout éclaircissement nécessaire sur le traitement des récépissés.

CHAPITRE 4. DURÉE DE LA RESPONSABILITÉ[50]

Article 11. Durée de la responsabilité du transporteur

1. Sous réserve de l'article 12, le transporteur est responsable des marchandises en vertu de la présente Convention entre le moment où le transporteur ou une partie exécutante a reçu celles-ci pour les transporter et le moment où elles sont livrées au destinataire.

2. Le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut d'une telle convention, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence d'une telle convention ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde.

3. Si l'expéditeur est tenu de remettre les marchandises au lieu de réception à une autorité ou à un autre tiers auquel, en vertu de la loi ou réglementation applicable, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le transporteur pourra les retirer, le moment et le lieu auxquels le transporteur retire les marchandises auprès de cette autorité ou de cet autre tiers sont considérés comme le moment et le lieu de réception des marchandises par le transporteur conformément au paragraphe 2[51].

4. Le moment et le lieu de livraison des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut d'une telle convention, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence d'une telle convention ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du déchargement ou débarquement des marchandises du dernier moyen de transport dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport.

5. Si le transporteur est tenu de remettre les marchandises au lieu de livraison à une autorité ou à un autre tiers auquel, en vertu de la loi ou réglementation applicable, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le destinataire pourra les retirer, cette remise constitue une livraison des marchandises par le transporteur au destinataire conformément au paragraphe 4.

6. Afin de déterminer la durée de la responsabilité du transporteur et sous réserve de l'article 14-2, le contrat de transport ne peut pas prévoir que:

a) Le moment de réception des marchandises est postérieur au commencement de leur chargement initial conformément au contrat; ou

b) Le moment de livraison des marchandises est antérieur à l'achèvement de leur déchargement final conformément au contrat[52].

---

[50] Modifications apportées au texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[51] Ce paragraphe est proposé pour traiter les cas où l'expéditeur doit remettre les marchandises à une autorité, par exemple la douane, avant que celles-ci soient remises au transporteur. Cette disposition fait pendant au paragraphe 5.

[52] Le paragraphe 6 est proposé pour empêcher toute fiction dans le contrat de transport qui viserait à réduire la durée de la responsabilité du transporteur.

Article 12. Transport sortant du contrat de transport[53]

Variante A de l'article 12[54]

1. Les parties peuvent convenir expressément dans le contrat de transport que, pour une ou plusieurs parties spécifiées du transport des marchandises, le transporteur, faisant office de mandataire, fera assurer le transport par un ou plusieurs autres transporteurs.

2. Dans ce cas, le transporteur doit exercer une diligence raisonnable pour sélectionner l'autre transporteur, conclure avec celui-ci un contrat aux conditions usuelles et normales, et faire tout ce qui est raisonnablement requis pour lui permettre de s'acquitter dûment de son contrat.

Variante B de l'article 12[55]

À la demande du chargeur, le transporteur peut accepter d'émettre un document de transport unique ou un enregistrement électronique concernant le transport qui inclut un transport spécifié non couvert par le contrat de transport. Dans ce cas, la responsabilité du transporteur s'étend sur la durée du contrat de transport et, sauf convention contraire, le transporteur, au nom du chargeur, doit organiser le transport supplémentaire comme prévu dans ce document de transport ou cet enregistrement électronique concernant le transport.

CHAPITRE 5. OBLIGATIONS DU TRANSPORTEUR

Article 13. Transport et livraison des marchandises

Le transporteur, sous réserve de la présente Convention et conformément aux clauses du contrat de transport, doit transporter[56] les marchandises jusqu'au lieu de destination et les livrer au destinataire.

Article 14. Obligations particulières

1. Le transporteur doit, pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est définie à l'article 11 et sous réserve de l'article 27, assurer de façon appropriée et

---

[53] Proposition d'amélioration du titre. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article 12 a bien sa place dans le chapitre 4 sur la durée de la responsabilité.

[54] La variante A correspond à l'article 12 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[55] La première phrase de la variante B vise à clarifier le paragraphe 1 de la variante A. La deuxième phrase modifie le paragraphe 2 de la variante A en ce que le transporteur n'assume plus, dans l'organisation de ce transport supplémentaire, une obligation de diligence raisonnable mais l'obligation convenue dans le contrat de transport ou ailleurs.

[56] Il est proposé de supprimer les mots "[de façon appropriée et soigneuse]" car inutiles et répétitifs du fait que la formule "sous réserve de la présente Convention" sous-entend déjà un transport approprié et soigneux. En outre, le projet d'article 13 se veut une obligation générale, renforcée par les articles suivants.

soigneuse la réception[57], le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, le soin, le déchargement et la livraison des marchandises.

[2. Les parties peuvent convenir que le chargement, l'arrimage et le déchargement des marchandises seront exécutés par le chargeur ou toute personne mentionnée à l'article 35, la partie contrôlante ou le destinataire. Cette convention doit être mentionnée dans les données du contrat.][58]

Article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses

Variante A[59]

Nonobstant les articles 13, 14 et 16-1, le transporteur peut refuser de charger, ou peut décharger, détruire ou neutraliser les marchandises ou prendre toute autre mesure raisonnable si celles-ci présentent, ou risquent selon toute vraisemblance, pendant la durée de sa responsabilité, de présenter effectivement un danger pour des personnes ou des biens ou un danger illicite ou inacceptable pour l'environnement.

Variante B[60]

Nonobstant les articles 13, 14 et 16-1, le transporteur peut décharger, détruire ou neutraliser des marchandises si celles-ci deviennent effectivement un danger pour les personnes ou les biens.

Article 16. Obligations particulières applicables au voyage par mer[61]

1. Le transporteur est tenu avant, au début et pendant[62] le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour:

a) Mettre et maintenir le navire en état de navigabilité;

---

[57] La "réception" et la "livraison" ont été ajoutées afin qu'elles soient reconnues comme des obligations incombant au transporteur.

[58] Comme mentionné dans la note 47 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il est dit au paragraphe 127 du document A/CN.9/510 qu'on a décidé de mettre la disposition entre crochets pour indiquer que le Groupe de travail devrait revenir sur la question des clauses BAB (bord à bord) et FIOS (bord à bord et arrimage) et, en particulier, examiner leur lien avec les dispositions sur la responsabilité du transporteur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être revoir cette disposition en fonction des modifications apportées aux articles 13 et 14-1.

[59] Cette variante est fondée sur le texte initial du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.21).

[60] La variante B se fonde sur les principes énoncées dans l'article 13 des Règles de Hambourg concernant les pouvoirs du transporteur dans une situation d'urgence survenant lors du transport de marchandises dangereuses.

[61] Texte tel qu'il figure au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, notes comprises.

[62] Comme indiqué dans la note 55 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a convenu que l'obligation du transporteur d'exercer une diligence raisonnable pour assurer l'état de navigabilité du navire devrait être une obligation continue et que, par conséquent, il fallait supprimer tous les crochets dans le projet d'article 16-1 et conserver le texte placé entre ces crochets. Il a convenu en outre que le fait de donner à cette obligation un caractère continu modifiait la répartition des risques entre le transporteur et les personnes ayant un droit sur les marchandises dans le projet de convention et que le Groupe de travail devait veiller à en tenir compte lors de l'examen des autres dispositions du projet.

b) Convenablement armer[63], équiper et approvisionner le navire et le maintenir armé[64], équipé et approvisionné tout au long du voyage[65];

c) Mettre et maintenir les cales et toutes autres parties du navire où les marchandises sont chargées, y compris les conteneurs éventuellement fournis par lui dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées, dans un état approprié et sûr pour leur réception, transport et conservation.

[2. Nonobstant les articles 13, 14 et 16-1, le transporteur peut sacrifier des marchandises lorsque ce sacrifice s'effectue de manière raisonnable pour le salut commun ou pour protéger d'un péril[66] la vie humaine ou[67] d'autres biens engagés dans l'aventure commune][68].

CHAPITRE 6. RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR POUR PERTE, DOMMAGE OU RETARD

Article 17. Fondement de la responsabilité[69]

1. Le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard à la livraison, si le demandeur prouve que:

a) La perte, le dommage ou le retard; ou

b) L'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard ou y a contribué

s'est produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur telle que celle-ci est définie au chapitre 4. Le transporteur est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage

---

[63] Comme indiqué dans la note 56 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, il a été proposé, d'un point de vue rédactionnel, d'envisager, dans la version anglaise, de remplacer le membre de phrase "man ... the ship" par des mots sans connotation de genre, tels que "crew" ou "staff". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette proposition.

[64] Ibid.

[65] Comme indiqué dans la note 58 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'apporter les changements nécessaires à l'alinéa b) pour faire en sorte qu'il soit clair que cette obligation a un caractère continu. L'inclusion du membre de phrase "tout au long du voyage" devrait permettre d'atteindre cet objectif. Une autre solution serait d'insérer les mots "et continuellement" après le mot "Convenablement".

[66] Comme indiqué dans la note 59 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier la proposition de mentionner la présence d'un danger imminent. Il faudrait toutefois veiller à ne pas porter atteinte aux règles relatives aux avaries communes ni les modifier. Conformément au texte de la Règle A des Règles d'York et d'Anvers de 1994, on a ajouté "d'un péril" après le mot "protéger".

[67] Comme indiqué dans la note 60 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier la proposition de mentionner la protection de la vie humaine. L'expression "la vie humaine" a donc été ajoutée avant le membre de phrase "ou d'autres biens".

[68] Comme indiqué dans la note 61 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a décidé de conserver au même endroit entre crochets le projet d'article 16-2 en vue d'examiner ultérieurement s'il y a lieu de le transférer au chapitre 18 relatif aux avaries communes.

[69] Texte tel qu'il figure aux paragraphes 31 et 75 du document A/CN.9/572 et tel qu'il a été largement accepté aux paragraphes 33 et 80 de ce même document.

ou du retard n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19.

2. Si le transporteur, au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 1, prouve qu'un des événements énumérés au paragraphe 3 a causé la perte, le dommage ou le retard ou y a contribué, il est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité sous réserve des dispositions suivantes:

a) Si le demandeur prouve que la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 19 a causé l'événement invoqué par le transporteur ou y a contribué, le transporteur est responsable de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard.

b) Si le demandeur prouve qu'un événement autre que ceux énumérés au paragraphe 3 a contribué à la perte, au dommage ou au retard, et si le transporteur ne peut prouver que cet événement n'est pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19, le transporteur est responsable en partie de la perte, du dommage ou du retard.

c) Le transporteur est responsable de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard si le demandeur prouve que les circonstances suivantes ont effectivement ou probablement causé cette perte, ce dommage ou ce retard ou y ont effectivement ou probablement contribué:

i) le navire n'était pas en état de navigabilité;

ii) le navire n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné; ou

iii) les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont chargées (y compris les conteneurs éventuellement fournis par le transporteur, dans ou sur lesquels les marchandises sont chargées) n'étaient pas dans un état approprié et sûr pour leur réception, transport et conservation,

et si le transporteur ne peut prouver:

A) Qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable comme l'exige l'article 16-1; ou

B) Que la perte, le dommage ou le retard n'a pas été causé par l'une quelconque des circonstances mentionnées aux sous-alinéas i), ii) et iii) ci-dessus.

3. Les événements visés au paragraphe 2 sont les suivants:

a) Acte de Dieu;

b) Périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;

c) Guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

d) Restrictions de quarantaine; intrusion ou obstacles de la part de gouvernements, d'autorités publiques, de dirigeants ou de la population y compris

une immobilisation, une saisie conservatoire ou une saisie exécutoire non imputable au transporteur ou à l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19[70];

e) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

f) Incendie à bord du navire;

g) Vices cachés du [navire] [bâtiment] [moyen de transport][71] échappant à une diligence raisonnable;

h) Acte ou omission du chargeur ou de toute personne mentionnée à l'article 35[72], de la partie contrôlante ou du destinataire;

i) Manutention, chargement, [arrimage] ou déchargement[73] des marchandises [effectivement réalisé] par le chargeur ou toute personne mentionnée à l'article 35[74], la partie contrôlante ou le destinataire[75];

j) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant de la nature, d'un défaut ou d'un vice propre des marchandises;

k) Insuffisance ou état défectueux de l'emballage ou du marquage non réalisé par le transporteur [ou en son nom];

l) Sauvetage ou tentative de sauvetage de vies en mer;

m) Mesures raisonnables visant à sauver ou tenter de sauver des biens en mer;

n) Mesures raisonnables visant à éviter ou tenter d'éviter un dommage à l'environnement;

[o) Actes accomplis par le transporteur ou une partie exécutante dans l'exercice des pouvoirs conférés par les articles 15 et 16-2 lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées.][76]

4. Lorsque le transporteur est dégagé d'une partie de sa responsabilité en vertu des paragraphes précédents du présent article, il n'est responsable que de la partie de la perte, du dommage ou du retard qui est imputable à l'événement ou à la situation dont il est responsable en vertu des précédents paragraphes, et la responsabilité doit être répartie sur la base fixée aux paragraphes précédents.

---

[70] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 19 est nécessaire.

[71] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner lequel de ces termes entre crochets doit être employé dans cet alinéa.

[72] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 35 est nécessaire.

[73] En anglais, le mot "discharging" est proposé aux fins d'harmonisation avec le libellé du projet d'article 14.

[74] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 35 est nécessaire.

[75] Comme il est dit au paragraphe 76 du document A/CN.9/572, le Groupe de travail est convenu d'accompagner l'alinéa i) d'une note de bas de page indiquant que le texte final de cet alinéa dépendrait de l'issue de ses délibérations concernant le projet d'article 14-2.

[76] Le Groupe de travail pourrait revoir cette disposition à la lumière du traitement prévu au projet d'article 33.

Article 18. Responsabilité du transporteur
pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions[77]

Le transporteur est responsable[78] de la perte, du dommage [, du retard][79] ou du préjudice corporel causé par le non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 29, sauf si [et dans la mesure où] il prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19 n'a causé cette perte, ce dommage [, ce retard] ou ce préjudice corporel [ou n'y a contribué].

Article 19. Responsabilité du transporteur du fait d'autrui[80]

1. Sous réserve de l'article 20-4[81], le transporteur répond des actes et omissions de:

a) Toute partie exécutante; et

b) De toute autre personne, y compris les sous-traitants, employés[82] et mandataires d'une partie exécutante, qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où cette personne agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions.

2. Le transporteur n'est responsable en vertu du paragraphe 1 que lorsque cette partie exécutante ou cette autre personne a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

Article 20. Responsabilité des parties exécutantes maritimes[83]

1. Une partie exécutante maritime assume les obligations et responsabilités imposées et bénéficie des droits et exonérations conférés au transporteur par la présente Convention si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu a) pendant la période où elle a la garde des marchandises; ou b) à tout autre

---

[77] Texte tel qu'il figure au paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises. Comme indiqué dans la note 85 de ce document, les aspects des projets d'articles 31 et 33 ayant trait à la responsabilité du transporteur ont été regroupés dans un "article 18", en vue d'un éventuel placement ici.

[78] Voir *infra*, note 445.

[79] Voir *infra*, note 447.

[80] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

[81] Comme indiqué dans la note 63 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a décidé de conserver ce membre de phrase bien qu'il ait été proposé de le remplacer par les mots "Sous réserve de la responsabilité du transporteur et des limites de responsabilité dont celui-ci peut se prévaloir" étant donné que le projet d'article 19 traitait des actions intentées contre le transporteur, tandis que le projet d'article 20-4 traitait des actions intentées contre toute personne autre que le transporteur.

[82] Comme indiqué dans la note 64 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, s'agissant de la rédaction, il pourrait être nécessaire d'examiner de plus près la possibilité de traiter séparément les employés (pour lesquels la responsabilité du transporteur contractant devrait être très étendue) et les sous-traitants (pour lesquels sa responsabilité pourrait être dans une certaine mesure plus restreinte).

[83] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.36.

moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport.

2. Si le transporteur accepte d'assumer des obligations autres que celles qui lui sont imposées par la présente Convention ou s'il accepte que sa responsabilité en cas de retard de livraison, de perte ou de dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises soit plus élevée que les limites imposées par les articles 65, 64[84] et 26-4, une partie exécutante maritime n'est pas liée par cette acceptation à moins qu'elle ne consente expressément à ces obligations ou ces limites.

3. Sous réserve du paragraphe 4, une partie exécutante maritime répond des actes et omissions de toute personne à laquelle elle a délégué l'exécution de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, y compris ses sous-traitants, employés et mandataires, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Une partie exécutante maritime n'est tenue responsable en vertu du présent paragraphe que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire[85].

Variante A du paragraphe 4[86]

4. Si une action en vertu de la présente Convention est intentée contre une partie exécutante maritime, cette partie peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu de la présente Convention si elle [prouve qu'elle][87] a agi dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

Variante B du paragraphe 4

4. Si une action en vertu de la présente Convention est intentée contre toute personne, autre que le transporteur, mentionnée à l'article 19 ou au paragraphe 3 [, y compris des employés ou mandataires du transporteur

---

[84] Comme indiqué dans la note 69 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a pris note de la proposition visant à restreindre le renvoi au projet d'article 64, car, a-t-on déclaré, si le renvoi aux paragraphes 1, 3 et 4 de ce projet d'article était acceptable, il ne fallait pas mentionner le paragraphe 2, du fait que la partie exécutante n'était pas responsable en cas de dommage non localisé. Le Groupe de travail a décidé qu'il devrait peut-être examiner plus avant cette proposition une fois qu'il aurait pris une décision quant à l'inclusion du paragraphe 2 du projet d'article 64 dans le projet de convention.

[85] Comme indiqué dans la note 74 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a réaffirmé que la structure de ce paragraphe devrait faire pendant à celle du nouveau projet d'article 19 et a pris note, en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure, des opinions exprimées quant au fait de savoir si le projet d'article 20-3 devrait s'appliquer aux parties exécutantes tant maritimes que non maritimes.

[86] Variante proposée pour répondre au souhait exprimé par le Groupe de travail, comme indiqué dans la note 77 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, d'examiner une variante limitant le champ d'application de ce paragraphe au domaine maritime, compte tenu du texte proposé pour l'article 4-2, qui fait pendant à ce paragraphe mais dans le contexte des employés et des mandataires.

[87] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte entre crochets devrait être supprimé pour réduire la charge de la preuve pesant sur la partie exécutante maritime.

contractant ou d'une partie exécutante maritime][88], cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limitations de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu de la présente Convention si elle [prouve qu'elle][89] a agi dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

Article 21. Responsabilité solidaire et compensation[90]

1. Si le transporteur et une ou plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables[91] de la perte, du dommage ou du retard de livraison subi par les marchandises, ils assument une responsabilité solidaire [, de sorte que chacun d'eux est tenu de réparer la totalité de cette perte, de ce dommage ou de ce retard, sans préjudice du droit d'action récursoire qu'ils pourraient avoir contre d'autres parties responsables,][92] mais uniquement dans les limites prévues aux articles 22, 26 et 64.

2. Sans préjudice de l'article 66, le montant total de la responsabilité de ces personnes ne doit pas dépasser les limites globales de responsabilité prévues dans la présente Convention.

[3. Lorsqu'un demandeur a obtenu gain de cause contre une partie exécutante non maritime pour la perte, le dommage ou le retard de livraison subi par les marchandises, le montant qu'il perçoit est déduit de toute demande en réparation de

---

[88] Comme indiqué dans la note 80 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail voudra peut-être examiner, pour le début du paragraphe qui se termine par "cette personne", le texte simplifié suivant: "Si une action en vertu de la présente Convention est intentée contre toute partie exécutante maritime [, y compris ses sous-traitants, employés ou mandataires,] cette personne...".

[89] Voir *supra*, note 404.

[90] Texte tel qu'il figure au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises.

[91] Comme indiqué dans la note 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudrait limiter le champ d'application de ce paragraphe aux parties exécutantes maritimes. Ce projet de paragraphe ayant été déplacé pour former un projet d'article distinct, on a modifié, à des fins de clarté, le membre de phrase "Si plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables" figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36 en "Si le transporteur et une ou plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables". Le Groupe de travail souhaitera peut-être également se demander si cette clarification atténue les préoccupations soulevées au paragraphe 14 du document A/CN.9/552, à l'exception de celles ayant trait à la compensation, qui est traitée au paragraphe 3 du projet d'article 21.

[92] Comme indiqué dans la note 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le membre de phrase entre crochets a été ajouté afin de clarifier la signification de l'expression "responsabilité solidaire". Cependant, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'usage qui est fait de cette expression dans de nombreux instruments internationaux, notamment à l'article 10-4 des Règles de Hambourg; à l'article 27-4 des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, telles qu'amendées par le Protocole de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); à l'article 4-5 de la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure, 2000 ("CMNI"); à l'article 30-3 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, telle qu'amendée par les protocoles de 1955 et 1975 ("Convention de Varsovie"); et à l'article 36-3 de la Convention concernant l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Montréal 1999 ("Convention de Montréal").

cette perte, de ce dommage ou de ce retard qu'il forme par la suite contre un transporteur ou une partie exécutante maritime.][93]

Article 22. Retard[94]

Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai expressément convenu ou, en l'absence d'une telle convention, dans le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent, compte tenu des conditions du contrat, des caractéristiques du transport et des circonstances du voyage par mer ou autre[95].

Article 23. Calcul de la réparation[96]

1. Sous réserve de l'article 64, la réparation due par le transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises est calculée par référence à la valeur de ces marchandises au lieu et au moment de livraison prévus par l'article 11.

2. La valeur des marchandises est déterminée d'après le cours en bourse ou, à défaut, d'après leur valeur marchande ou, à défaut de l'un et de l'autre, d'après la valeur usuelle de marchandises de même nature et qualité au lieu de livraison.

3. En cas de perte ou de dommage subi par les marchandises, le transporteur n'est tenu au paiement d'aucune réparation dépassant ce qui est prévu aux paragraphes 1 et 2 sauf lorsque le transporteur et le chargeur sont convenus de calculer la réparation d'une autre manière dans les limites du chapitre 20.

Article 24. Avis de perte, de dommage ou de retard[97]

[Variante A du paragraphe 1[98]

1. Le transporteur est présumé, en l'absence de preuve contraire, avoir livré les marchandises telles que celles-ci sont décrites dans les données du contrat, à moins qu'un avis[99] de perte ou de dommage subi par les marchandises[100]

---

[93] Comme indiqué dans la note 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, une version révisée a été élaborée dans l'attente de la poursuite du débat concernant l'établissement d'une règle uniforme relative à la compensation, ou le renvoi de cette question au droit interne. Voir aussi *supra*, note 407. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce paragraphe est nécessaire ou s'il peut être supprimé.

[94] Modifications apportées au texte figurant dans le paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[95] Le paragraphe 2 de l'article 22 (anciennement paragraphe 2 de l'article 16 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32) a été déplacé pour devenir l'article 65 dans le nouveau chapitre sur la limitation de la responsabilité.

[96] Texte tel qu'il figure dans le paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[97] Modifications apportées au texte figurant dans le paragraphe 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[98] Comme indiqué dans la note 39 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte initial et la version révisée du paragraphe 1, suggérée au paragraphe 66 du document A/CN.9/552, ont été placés entre crochets en vue d'un débat ultérieur. La variante A du paragraphe 1 correspond au texte qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, exception faite de la suppression des mots "[un délai raisonnable]" comme décidé au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, et des ajouts notés.

[99] Comme indiqué dans la note 40 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 3 du projet de

indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage n'ait été donné [par le destinataire ou en son nom] au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises avant la livraison ou au moment de la livraison ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables] [sept jours] [sept jours ouvrables au lieu de livraison] [sept jours consécutifs] suivant la livraison des marchandises. Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection commune[101] des marchandises effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée.]

[Variante B du paragraphe 1[102]

1. Un avis de perte ou de dommage subi par les marchandises[103] indiquant la nature générale de cette perte ou de ce dommage doit être donné [par le destinataire ou en son nom] au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises avant la livraison ou au moment de la livraison ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans [les trois jours ouvrables][104] [les ... jours ouvrables au lieu de livraison] [les ... jours consécutifs] suivant la livraison des marchandises. [Un tribunal [peut] [doit] tenir compte de l'absence d'un tel avis lorsqu'il détermine si le demandeur s'est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombe conformément à l'article 17-1.] Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection commune des marchandises effectuée par le destinataire et le transporteur ou la partie exécutante dont la responsabilité est invoquée.]

2. Aucune réparation n'est due en vertu de l'article 22 à moins qu'un avis de perte résultant d'un retard n'ait été donné au transporteur dans un délai de 21 jours consécutifs à compter de la livraison des marchandises.

3. Lorsque l'avis mentionné dans le présent article est donné à la partie exécutante qui a livré les marchandises, il a le même effet que s'il avait été donné au transporteur, et un avis donné au transporteur a le même effet qu'un avis donné à une partie exécutante maritime.

4. En cas de perte ou de dommage certain ou présumé, les parties à la demande ou au litige doivent se donner réciproquement toutes les facilités raisonnables pour procéder à l'inspection et au pointage des marchandises et doivent donner accès aux enregistrements et documents concernant le transport des marchandises.

---

convention dispose que l'avis mentionné, notamment, au paragraphe 1 peut être donné au moyen d'une communication électronique; autrement, il doit être communiqué par écrit.

[100] Le membre de phrase entre crochets a été supprimé car inutile dans ce paragraphe.

[101] Comme indiqué dans la note 43 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a estimé, au paragraphe 95 du document A/CN.9/525, que l'expression "inspection contradictoire", en anglais "concurrent inspection", conviendrait peut-être mieux pour les pays de droit romano-germanique.

[102] Comme indiqué dans la note 44 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B du paragraphe 1 correspond au texte figurant au paragraphe 66 du document A/CN.9/552.

[103] Voir *infra*, note 538.

[104] Comme indiqué au paragraphe 75 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "un délai raisonnable" du texte initial dont s'inspire cette variante.

CHAPITRE 7. DISPOSITIONS SUPPLÉMENTAIRES RELATIVES À DES ÉTAPES PARTICULIÈRES DU TRANSPORT

Article 25. Déroutement durant le transport par mer

[Variante A[105]

1. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à un déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies [ou des biens] en mer [ou à tout autre déroutement [raisonnable]].

2. Lorsque, dans la législation nationale, un déroutement constitue en soi un manquement de la part du transporteur, un tel manquement n'a d'effet que conformément aux dispositions de la présente Convention[106].]

[Variante B[107]

1. Le transporteur n'est pas responsable de la perte, du dommage ou du retard de livraison dû à un déroutement pour sauver ou tenter de sauver des vies ou des biens en mer ou à tout autre déroutement raisonnable.

2. Dans la mesure où un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur selon une théorie juridique reconnue par la législation nationale ou dans la présente Convention, cette théorie ne s'applique que lorsqu'il y a eu déroutement déraisonnable d'un navire.

3. Lorsqu'un déroutement constitue un manquement de la part du transporteur, ce manquement n'a effet que conformément aux dispositions de la présente Convention. En particulier, un déroutement ne prive pas le transporteur des droits que lui confère la présente Convention, sauf dans la mesure prévue à l'article 66.]

Article 26. Marchandises en pontée sur des navires[108]

1. Les marchandises ne peuvent être transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont d'un navire que si

a) Ce transport est exigé par les lois ou les règles ou règlements administratifs applicables; ou

---

[105] Comme indiqué dans la note 59 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante A correspond au projet d'article figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[106] Comme indiqué dans la note 60 du document A/CN.9/WG.III/WP.39 et dans la note 112 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, une variante de ce paragraphe serait la suivante:

> "Lorsque, dans la législation nationale, un déroutement constitue en soi un manquement de la part du transporteur, un tel manquement ne priverait le transporteur ou une partie exécutante d'aucune exonération ni limitation prévue par la présente Convention."

Dans l'hypothèse où ce libellé serait retenu, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le paragraphe 1 est nécessaire.

[107] Comme indiqué dans la note 61 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B correspond au projet d'article proposé au paragraphe 38 du document A/CN.9/WG.III/WP.34.

[108] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 13 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

b) Elles sont transportées dans ou sur des conteneurs [adaptés au transport de marchandises en pontée] sur des ponts qui sont spécialement équipés pour transporter de tels conteneurs; ou

c) [Dans les cas non visés par les alinéas a) ou b) du présent paragraphe,] le transport en pontée soit est effectué conformément [au contrat de transport ou] aux coutumes, usages et pratiques du commerce, soit découle d'autres usages ou pratiques du commerce en question.

2. Si les marchandises ont été expédiées conformément aux alinéas a) ou c) du paragraphe 1, le transporteur n'est pas responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ni du retard de livraison qui résultent des risques spéciaux que comporte leur transport en pontée. Si les marchandises sont transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1, le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison, conformément aux dispositions de la présente Convention, sans qu'il soit tenu compte du fait qu'elles ont été transportées sur le pont ou au-dessus du niveau du pont. Si les marchandises sont transportées en pontée dans des cas autres que ceux autorisés par le paragraphe 1, le transporteur est responsable, indépendamment de l'article 17, de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de livraison qui résultent exclusivement de leur transport en pontée[109].

3. Si les marchandises ont été expédiées conformément à l'alinéa c) du paragraphe 1, le fait que certaines marchandises sont transportées en pontée doit être indiqué dans les données du contrat. Si tel n'est pas le cas, le transporteur assume la charge de prouver que le transport en pontée est effectué conformément à cet alinéa c) et, si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis, il n'a pas le droit de se prévaloir de cet alinéa contre un tiers qui a obtenu ce document ou cet enregistrement de bonne foi[110].

[4. Si le transporteur est responsable en vertu du présent article de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées en pontée ou du retard de livraison de ces marchandises, sa responsabilité est limitée comme prévu aux articles 22, 64 et 66-1; cependant, si le transporteur et le chargeur ont [expressément] convenu que les marchandises seraient transportées en cale, le transporteur n'a pas le droit de limiter sa responsabilité pour une perte ou un dommage subi par les marchandises [[qui résulte exclusivement] [dans la mesure où ce dommage résulte]de leur transport en pontée][111].][112]

---

[109] Comme indiqué dans la note 63 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudra peut-être examiner de plus près le paragraphe 2 conjointement avec le projet d'article 17-4; cependant, les changements apportés à ce dernier rendront peut-être cet examen inutile.

[110] Comme indiqué dans la note 64 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la discussion sur le paragraphe 3 et sur le point de savoir s'il devrait s'appliquer aux cas où des tiers se fieraient à des documents de transport non négociables ou à des enregistrements électroniques non négociables concernant le transport se poursuivrait après l'examen de la question des droits des tiers et de la liberté contractuelle.

[111] Comme indiqué dans la note 67 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, les mots "qui résulte exclusivement de leur transport en pontée" ont été mis entre crochets. Une autre variante a été

[Article 27. Transport précédant ou suivant un transport par mer

1. Lorsqu'une demande ou un différend naît de la perte, du dommage ou du retard subi par les marchandises intervenant uniquement pendant la durée de la responsabilité du transporteur mais:

a) Avant leur chargement sur le navire;

b) Après leur déchargement du navire jusqu'au moment de leur livraison au destinataire;

et qu'au moment de cette perte, de ce dommage ou de ce retard, des dispositions d'une convention internationale [ou de la législation nationale]:

i) s'appliquent, selon leurs termes, à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur en vertu du contrat de transport pendant cette période, [indépendamment du fait de savoir si l'émission d'un quelconque document est nécessaire pour rendre cette convention internationale applicable][113]; et

ii) prévoient expressément la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir; et

iii) ne peuvent être écartées par contrat privé soit en aucun cas, soit au détriment du chargeur;

ces dispositions, dans la mesure où elles sont impératives comme indiqué au sous-alinéa iii) ci-dessus, l'emportent sur les dispositions de la présente Convention.]

[2. ''Le paragraphe 1 n'a pas d'incidence sur l'application de l'article 64-2[114].]

[3. L'article 27 s'applique indépendamment de la législation nationale normalement applicable au contrat de transport[115]].

---

ajoutée.

[112] Comme indiqué dans la note 69 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a placé entre crochets l'ensemble du paragraphe 4 pour poursuivre le débat à une prochaine session et étudier de plus près sa relation avec le projet d'article 66.

[113] Comme indiqué dans la note 55 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, le texte entre crochets reflète la situation dans la Convention de 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires ("COTIF"). Une fois entré en vigueur le Protocole de 1999 portant modification de la COTIF, normalement à l'automne 2005, le Groupe de travail souhaitera peut-être supprimer ce texte.

[114] Si l'article 64-2 est supprimé, ce paragraphe devrait l'être aussi.

[115] Comme indiqué au paragraphe 54 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, ce paragraphe énonce une règle de conflit visant à préserver l'applicabilité des conventions régissant le transport intérieur. De plus, comme l'indiquent les notes 42 et 231 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été demandé, à la lumière du projet d'article 27, qu'une disposition sur le conflit de conventions soit insérée au chapitre 19. Le projet d'article 89 a été inséré en réponse à cette demande.

CHAPITRE 8. OBLIGATIONS DU CHARGEUR

Article 28. Remise des marchandises pour le transport[116]

Le chargeur doit remettre les marchandises prêtes pour le transport à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport et dans un état tel qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention, d'arrimage, de saisissage, de fixation et de déchargement dont elles feront l'objet, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel. Lorsque les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque empotés par le chargeur, celui-ci doit les arrimer, les saisir et les fixer dans ou sur le conteneur ou la remorque de telle manière qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention et de déchargement du conteneur ou de la remorque, et ne causeront pas de dommage corporel ou matériel[117].

Article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions[118]

Le transporteur doit fournir au chargeur, à sa demande [et en temps utile][119], les informations dont il a connaissance et les instructions qui sont raisonnablement nécessaires au chargeur ou importantes pour lui afin de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28[120]. [Les informations et instructions données doivent être exactes et complètes.][121]

Article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents[122]

Le chargeur doit fournir au transporteur [en temps utile] les informations, instructions et documents [exacts et complets][123] qui sont raisonnablement nécessaires pour:

---

[116] Texte figurant dans le paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises.

[117] Comme indiqué dans la note 71 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, pour améliorer le libellé comme suggéré aux paragraphes 122 et 123 du document A/CN.9/552, le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier, pour la deuxième phrase du projet d'article 28, la variante suivante:

> "Lorsque les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque empotés par le chargeur, cette obligation englobe l'arrimage, le saisissage et la fixation des marchandises dans ou sur le conteneur ou la remorque."

[118] Texte tel qu'il figure au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises.

[119] Comme indiqué dans la note 72 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'ancien projet d'article 28 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 a été supprimé et remplacé par une mention, dans le projet d'article 29, du fait que le chargeur devrait fournir "[en temps utile]" les informations et instructions requises.

[120] Comme indiqué dans la note 73 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudra peut-être examiner plus avant la variante proposée au paragraphe 128 du document A/CN.9/552, à savoir "à moins que le transporteur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du chargeur".

[121] Comme indiqué dans la note 74 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, cette phrase entre crochets a été ajoutée pour la suite des débats.

[122] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[123] Comme indiqué dans la note 75 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a ajouté, en vue de la poursuite du débat, les mots "[en temps utile]"et "[exacts et complets]".

a) La manutention et le transport des marchandises, y compris les précautions devant être prises par le transporteur ou une partie exécutante, excepté dans la mesure où le chargeur peut raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur[124];

b) Le respect des règles, règlements et autres exigences des autorités concernant le transport prévu, y compris les déclarations, demandes et autorisations concernant les marchandises;

c) La compilation des données du contrat et l'émission des documents de transport ou des enregistrements électroniques concernant le transport, y compris les renseignements visés à l'article 38-1 b) et c), le nom de la partie devant être identifiée comme le chargeur dans les données du contrat, le nom du destinataire éventuel et le nom de la personne à l'ordre de laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport doit éventuellement être émis, à moins que le chargeur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur.

Article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur[125]

1. Le chargeur est responsable[126] de[127] la perte, du dommage [, du retard][128] ou du préjudice corporel causé par les marchandises, et du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 et de l'alinéa a) de l'article 30, [sauf si] [sauf si et dans la mesure où] [excepté dans la mesure où] il prouve qu'aucune faute de sa part ni de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 35 n'a causé cette perte, ce dommage [, ce retard] ou ce préjudice corporel ou n'y a contribué.

---

124 Comme indiqué dans la note 76 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte actuel a été conservé en vue de la poursuite du débat mais on a ajouté, à la fin de l'alinéa a), le texte "excepté dans la mesure où le chargeur peut raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur".

125 Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

126 Comme indiqué dans la note 77 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 31-1 a été reformulé pour faire pendant à la disposition du projet d'article 17-1 traitant de la responsabilité du transporteur, qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.36. L'indication des parties envers lesquelles le chargeur est responsable a été supprimée conformément au projet d'article 17 et, comme noté au paragraphe 144 du document A/CN.9/552, il faudrait peut-être réexaminer ultérieurement la question de la responsabilité envers le destinataire et la partie contrôlante, telle qu'initialement exposée au projet d'article 29 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

127 Les mots "du préjudice matériel résultant de" ont été supprimés pour aligner l'article sur le projet d'article 17.

128 Comme indiqué dans la note 78 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le mot "retard" est utilisé pour faire pendant au projet d'article 17, mais a été placé entre crochets car il n'a pas encore été spécifiquement examiné dans le contexte du projet d'article 31.

[Variante A du paragraphe 2[129]

2. Le chargeur est responsable[130] de la perte ou du dommage causé par le non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des alinéas b) et c) de l'article 30.]

[Variante B du paragraphe 2[131]

2. Le chargeur est réputé avoir garanti au transporteur, au moment de la réception des marchandises par ce dernier, que les informations, instructions et documents qu'il est tenu de fournir conformément aux alinéas b) et c) de l'article 30 sont exacts, complets et fournis en temps utile. Il doit indemniser le transporteur de toute perte, tout dommage et toute dépense provenant ou résultant du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des alinéas b) et c) de l'article 30. Le droit du transporteur à pareille indemnité ne limite d'aucune façon sa responsabilité sous l'empire du contrat de transport vis-à-vis de toute personne autre que le chargeur.]

3. Lorsque la perte ou le préjudice matériel [ou corporel] résulte du non-respect à la fois par le chargeur et par le transporteur de leurs obligations respectives, le chargeur et le transporteur sont conjointement responsables envers le destinataire ou la partie contrôlante[132] de cette perte ou ce préjudice matériel [ou corporel][133].

Article 32. Fausse déclaration grave du chargeur[134]

Un transporteur n'est pas responsable du retard de livraison, de la perte ou du dommage subi par les marchandises ou lié aux marchandises si le chargeur a fait sciemment une fausse déclaration grave sur la nature ou la valeur des marchandises dans le contrat de transport, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport.][135]

---

[129] Comme indiqué dans la note 80 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a conservé entre crochets une règle de responsabilité sans faute dans les cas où le chargeur ne respecterait pas les prescriptions des alinéas b) et c) du projet d'article 30.

[130] Voir *supra*, note 445.

[131] Comme indiqué dans la note 82 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, une disposition analogue à l'article III.5 des Règles de La Haye a été insérée entre crochets. Cette disposition a été révisée comme indiqué à partir de la version figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[132] Comme indiqué dans la note 83 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudrait peut-être réexaminer ultérieurement la question de la responsabilité envers le destinataire et la partie contrôlante.

[133] Comme indiqué dans la note 84 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a conservé, en vue d'un débat ultérieur, le paragraphe 3 de la Variante B du projet d'article 31 (A/CN.9/WG.III/WP.32). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette disposition sur les causes concomitantes devrait également faire pendant au paragraphe correspondant du projet d'article 17.

[134] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[135] Comme indiqué dans la note 90 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le projet d'article 32 a été placé entre crochets, et les questions de la causalité et des dommages-intérêts pour retard seront examinées lors d'une session ultérieure. En outre, le projet d'article 32 pourrait être inséré dans le chapitre 6 portant sur la responsabilité du transporteur.

Article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses[136]

1. Le terme “marchandises dangereuses” désigne des marchandises qui, par leur nature ou leur caractère, présentent ou risquent selon toute vraisemblance de présenter un danger pour des personnes ou des biens ou un danger illicite ou inacceptable pour l’environnement.

2. Le chargeur doit apposer sur les marchandises dangereuses une marque ou une étiquette conformément aux règles, règlements ou autres exigences des autorités qui s’appliquent à n’importe qu’elle étape du transport prévu, faute de quoi il est responsable envers le transporteur et toute partie exécutante de toute perte, de tout dommage, de tout retard et de toute dépense découlant ou résultant directement ou indirectement du non-respect de cette obligation.

3. Le chargeur doit informer le transporteur de la dangerosité des marchandises rapidement avant que l’expéditeur ne les remette à ce dernier ou à une partie exécutante. Si le chargeur manque à son obligation d’information et que le transporteur ou la partie exécutante n’ait pas autrement connaissance de la dangerosité des marchandises, le chargeur est responsable envers le transporteur et toute partie exécutante de toute perte, de tout dommage, de tout retard et de toute dépense découlant ou résultant directement ou indirectement de l’expédition.

Article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur[137]

Si une personne identifiée comme “chargeur” dans les données du contrat, bien que n’étant pas le chargeur tel que défini à l’article 1 h), [accepte] [reçoit] [devient porteur du] [le] document de transport ou [l]’enregistrement électronique concernant le transport, elle a) [est soumise aux responsabilités et obligations] qui incombent au chargeur en vertu du présent chapitre et de l’article 59, et b) bénéficie des droits et exonérations reconnus au chargeur par le présent chapitre et le chapitre 14.

Article 35. Responsabilité du chargeur du fait d’autrui[138]

Le chargeur répond des actes et omissions de toute personne à qui il a délégué l’exécution de l’une quelconque des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre, y compris de ses sous-traitants, employés, mandataires et toutes autres personnes [excepté le transporteur ou les parties exécutantes] qui agissent, soit directement soit indirectement, à sa demande ou sous sa supervision ou son contrôle, comme s’il s’agissait de ses propres actes ou omissions. Le chargeur n’est tenu responsable en vertu du présent article que lorsque la personne concernée a

---

[136] Le présent texte refléterait apparemment mieux la discussion et la demande du Groupe de travail, dont il est rendu compte aux paragraphes 146 à 148 du document A/CN.9/552. Il remplace le texte précédemment proposé au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

[137] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Comme indiqué dans la note 91 de ce document, il faudrait réfléchir davantage à la portée exacte de la disposition et déterminer si elle ne devrait constituer qu’une règle supplétive lorsque l’identité du chargeur contractuel n’est pas connue.

[138] Modifications apportées au texte figurant au paragraphe 22 du document A/CN.9/WG.III/WP.39 pour aligner cette disposition sur l’article 19, relatif à la responsabilité du transporteur du fait d’autrui.

commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire[139].

[Article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur[140]

Lorsque le contrat de transport prévoit que la responsabilité du chargeur ou de toute autre personne identifiée dans les données du contrat comme étant le chargeur cessera, intégralement ou en partie, lors d'un certain événement ou après un moment donné, cette cessation n'a aucun effet:

a) Sur toute responsabilité incombant en vertu du présent chapitre au chargeur ou à une personne mentionnée à l'article 34; ou

b) Sur tout montant dû au transporteur en vertu du contrat de transport, sauf dans la mesure où le transporteur a une garantie suffisante[141] couvrant le règlement de ce montant;

c) Dans la mesure où elle est incompatible avec l'article 63[142].]

CHAPITRE 9. DOCUMENTS DE TRANSPORT ET ENREGISTREMENTS ÉLECTRONIQUES CONCERNANT LE TRANSPORT[143]

Article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport

Lors de la remise des marchandises au transporteur ou à la partie exécutante:

a) L'expéditeur est en droit d'obtenir un document de transport ou, sous réserve de l'article 5 a), un enregistrement électronique concernant le transport constatant la réception des marchandises par le transporteur ou la partie exécutante; et

b) Le chargeur ou, si ce dernier en donne instruction au transporteur, la personne mentionnée à l'article 34 est en droit d'obtenir du transporteur un document de transport négociable ou, sous réserve de l'article 5 a), un

---

139 Comme indiqué dans la note 94 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte actuel a été conservé en vue de discussions ultérieures, et les questions concernant l'articulation entre cette disposition, d'une part, et les projets d'articles 14-2 et 32, d'autre part, devraient être examinées lors d'une session ultérieure.

140 Ancien article 43-2 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, extrait du chapitre 9 sur le fret, à présent supprimé, pour être inséré ici.

141 Le projet d'article 45 figurant précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 ayant été supprimé, les mots "en vertu de l'article 45 ou autrement" l'ont été aussi en conséquence.

142 Comme indiqué *infra*, dans la note 535, le projet d'article 62 qui figurait précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 a été supprimé en faveur du projet d'article 61 *bis*, renuméroté projet d'article 63.

143 Excepté pour ce qui est de la numérotation, des améliorations de forme et des titres proposés pour les projets d'articles, ainsi que des modifications approuvées par le Groupe de travail au paragraphe 200 du document A/CN.9/576 (pour l'article 37) et aux paragraphes 207, 209 et 210 de ce même document (pour l'article 39) après l'examen des aspects relatifs au commerce électronique, le présent chapitre reproduit pour l'essentiel le texte qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32.

enregistrement électronique négociable concernant le transport approprié, sauf si le chargeur et le transporteur sont convenus, expressément ou tacitement, de ne pas utiliser de document de transport négociable ou d'enregistrement électronique négociable concernant le transport, ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser[144].

Article 38. Données du contrat

1. Les données du contrat figurant dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport visé à l'article 37 doivent comprendre notamment:

a) Une description des marchandises;

b) Les marques principales nécessaires à l'identification des marchandises telles que fournies par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive lesdites marchandises;

c) i) Le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité, tels que fournis par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises; et

ii) Le poids tel que fourni par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises[145];

d) Une indication de l'état et du conditionnement apparents des marchandises au moment auquel le transporteur ou une partie exécutante les reçoit pour le transport;

e) Le nom et l'adresse du transporteur; et

f) La date:

i) à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises; ou

ii) à laquelle les marchandises ont été mises à bord du navire; ou

iii) à laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport a été émis[146].

---

[144] Comme indiqué dans la note 127 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, en ce qui concerne l'alinéa a), il a été reconnu que, du fait que tous les documents de transport tels que définis à l'article 1 n) ne servaient pas à constater la réception des marchandises par le transporteur, il était important d'indiquer clairement que, dans cet alinéa a), le document de transport devrait remplir la fonction de récépissé.

[145] Comme indiqué dans la note 129 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a exprimé la crainte au paragraphe 28 du document A/CN.9/526, que cette disposition ne soit interprétée comme imposant au chargeur une lourde responsabilité, ce à quoi on a répondu qu'elle n'était pas censée créer de responsabilité quelconque pour le chargeur. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de remplacer les mots "tel que fourni par le chargeur" par "s'il est fourni par le chargeur".

[146] Comme indiqué dans la note 130 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été suggéré que le Groupe de travail envisage de modifier le paragraphe 1 de façon à inclure le nom et l'adresse du destinataire parmi les données du contrat devant figurer dans le document de transport. Voir

2. L'expression "état et conditionnement apparents des marchandises" employée au paragraphe 1 désigne l'état et le conditionnement des marchandises établis à partir:

a) D'une inspection externe raisonnable des marchandises telles qu'elles sont emballées au moment où le chargeur les remet au transporteur ou à une partie exécutante; et

b) De toute inspection supplémentaire que le transporteur ou une partie exécutante réalise effectivement avant d'émettre le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport.

Article 39. Signature[147]

1. Un document de transport doit être signé par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier.

2. Un enregistrement électronique concernant le transport doit comporter la signature électronique du transporteur ou d'une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier. Cette signature électronique doit identifier le signataire dans le cadre de l'enregistrement électronique concernant le transport et indiquer que le transporteur autorise cet enregistrement[148].

Article 40. Carence des données du contrat

1. Le défaut d'une ou de plusieurs des données du contrat visées à l'article 38-1, ou l'inexactitude d'une ou de plusieurs de ces données, n'a pas en soi pas d'incidence sur la nature juridique ou la validité du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport.

également, *infra*, les propositions de modification du projet d'article 48. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le nom et l'adresse du destinataire doivent figurer sur une liste d'éléments obligatoires. Il voudra peut-être en outre examiner quelle serait la sanction en cas de non-communication des informations obligatoires. Cette sanction pourrait être différente selon qu'un document de transport est négociable ou non.

147 Ce projet d'article a été revu par le Groupe de travail, comme indiqué, lors de son examen des aspects du projet de convention liés au commerce électronique. Le texte initial, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, était accompagné de la note 132, laquelle indiquait ce qui suit: "Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le terme "signature" devrait être défini comme, par exemple, à l'article 14-3 des Règles de Hambourg, en particulier à la lumière de la pratique moderne".

148 Après avoir examiné les dispositions du projet de convention relatives au commerce électronique à sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé, en vue de la poursuite de son débat, ces modifications aux paragraphes 205 et 207 du document A/CN.9/576. La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) définit une signature électronique comme suit: "données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue". Ce terme n'apparaissant qu'une seule fois dans le projet de convention, sa définition ne semble pas nécessaire. La disposition mentionne toutefois les fonctions essentielles d'une signature électronique (identifier le signataire et indiquer que ce dernier approuve l'enregistrement). La seule différence avec la Loi type est que la disposition du projet de convention emploie le verbe "autoriser" au lieu d'"approuver".

2. Si les données du contrat comprennent la date, mais n'en indiquent pas la signification, la date est considérée comme étant:

a) Si les données du contrat indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle toutes les marchandises indiquées dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport ont été chargées sur le navire; ou

b) Si les données du contrat n'indiquent pas que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises.

[3. Si les données du contrat n'identifient pas le transporteur, mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut réfuter cette présomption s'il prouve que le navire était l'objet, au moment du transport, d'un affrètement coque nue qui transfère la responsabilité contractuelle du transport des marchandises à un affréteur coque nue identifié. [Si le propriétaire inscrit réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu du présent article, l'affréteur coque nue au moment du transport est présumé être le transporteur de la même manière que le propriétaire inscrit était présumé être le transporteur.]][149]

4. Si les données du contrat n'indiquent pas l'état et le conditionnement apparents des marchandises au moment où le transporteur ou une partie exécutante les reçoit de l'expéditeur, le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport constitue selon le cas, soit une présomption simple, soit une preuve péremptoire, en vertu de l'article 43 que l'état et le conditionnement apparents des marchandises étaient bons au moment où l'expéditeur les a remises au transporteur ou à une partie exécutante.

Article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

Le transporteur, s'il agit de bonne foi lorsqu'il émet un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport, peut apporter des réserves aux informations mentionnées à l'article 38-1 a), 38-1 b) ou 38-1 c) dans les cas et de la manière décrits ci-dessous pour indiquer qu'il ne répond pas de l'exactitude des informations fournies par le chargeur:

a) S'agissant de marchandises non conteneurisées:

i) si le transporteur peut montrer qu'il n'avait pas de moyen raisonnable de vérifier les informations fournies par le chargeur, il peut en faire état dans les données du contrat en indiquant les informations en question; ou

---

[149] Comme indiqué dans la note 137 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, selon l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail, le paragraphe 3 mettait en évidence un problème sérieux qui devait être traité dans le projet de convention, mais la question exigeait une étude plus approfondie des autres moyens de régler ce problème et la disposition telle qu'elle était rédigée n'était pas encore satisfaisante. Le Groupe de travail a décidé de maintenir le paragraphe 3 entre crochets dans le projet de convention et de l'examiner d'une façon plus détaillée à une date ultérieure.

ii) si le transporteur a des raisons de considérer que les information fournies par le chargeur sont inexactes, il peut inclure une clause indiquant ce qu'il considère raisonnablement comme des informations exactes.

b) S'agissant de marchandises qui sont remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, sauf si[150] le transporteur ou une partie exécutante inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a, d'une autre manière, effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport, à condition toutefois que, dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle clause s'il a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes[151], le transporteur peut inclure dans les données du contrat une réserve concernant:

i) les marques principales apposées sur les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur; ou

ii) le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité de marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur;

c) S'agissant de marchandises remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, le transporteur peut apporter des réserves à toute mention du poids des marchandises ou du poids d'un conteneur et de son contenu en indiquant expressément qu'il n'a pas pesé le conteneur:

i) s'il peut montrer que ni lui ni une partie exécutante n'ont pesé le conteneur; et si le chargeur et le transporteur ne sont pas convenus avant l'expédition de peser le conteneur et de mentionner le poids dans les données du contrat; ou

---

[150] Comme indiqué dans la note 140 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le membre de phrase "sauf si le transporteur ou une partie exécutante inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a, d'une autre manière, effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport, à condition, toutefois, que, dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle clause s'il a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes" a été placé dans le chapeau, alors qu'il se trouvait initialement à la fin de l'alinéa, pour bien montrer qu'il est censé s'appliquer à l'ensemble de l'alinéa.

[151] Comme indiqué dans la note 141 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, une autre suggestion était d'inclure également dans l'alinéa b) une disposition semblable à l'alinéa a) ii) pour traiter du cas où le transporteur a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur au sujet du contenu du conteneur sont inexactes. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre prendre note des suggestions faites au paragraphe 37 du document A/CN.9/526, à savoir de faire obligation au transporteur qui décide d'assortir de réserves les informations données dans le document de transport d'en consigner les raisons, de traiter dans le projet de convention du cas où le transporteur accepte de ne pas assortir de réserves la description des marchandises, par exemple pour ne pas gêner l'émission d'un crédit documentaire, mais obtient une garantie du chargeur. On a aussi émis l'idée que si le transporteur, agissant de mauvaise foi, s'était abstenu de son plein gré de faire des réserves sur les informations dans les données du contrat, un tel comportement devrait être sanctionné et que le transporteur ne devrait pouvoir invoquer aucune limitation de responsabilité.

ii) s'il peut montrer qu'il n'y avait pas de moyen raisonnable de vérifier le poids du conteneur[152].

Article 42. Moyen raisonnable de vérification et bonne foi

Aux fins de l'article 41:

a) Un "moyen raisonnable de vérification" doit être non seulement matériellement praticable mais aussi commercialement raisonnable;

b) Le transporteur agit de "bonne foi" en émettant un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport:

i) s'il ignore effectivement que l'une quelconque des indications essentielles figurant dans le document ou l'enregistrement électronique est gravement fausse ou trompeuse; et

ii) s'il n'a pas intentionnellement omis de déterminer si une indication essentielle figurant dans le document ou l'enregistrement est fausse ou trompeuse parce qu'il pense que cette indication est susceptible d'être gravement fausse ou trompeuse;

c) Il incombe à la partie alléguant que le transporteur n'a pas agi de bonne foi lorsqu'il a émis un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport de prouver ses allégations.

Article 43. Présomption simple et preuve péremptoire

Sauf disposition contraire de l'article 44, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui atteste la réception des marchandises constitue:

a) Une présomption simple de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat; et

b) Une preuve péremptoire de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat:

[i)] si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été transféré à un tiers agissant de bonne foi; [ou

ii) <u>variante A du sous-alinéa ii)</u>[153]

si une personne agissant de bonne foi a payé un prix ou a de toute autre manière modifié sa situation en se fiant à la description des marchandises figurant dans les données du contrat.]

ii) <u>variante B du sous-alinéa ii)</u>

---

[152] Comme indiqué dans la note 142 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été suggéré d'ajouter un libellé approprié pour traiter du cas où il n'y avait pas de possibilité commercialement raisonnable de peser le conteneur. L'adverbe "commercialement" a cependant été jugé inutile compte tenu de la définition à l'article 42 a) et a été supprimé.

[153] Cette variante se fonde sur le texte initial du projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

si aucun document de transport négociable ou aucun enregistrement électronique négociable concernant le transport n'a été émis et si le destinataire a acheté et payé les marchandises en se fiant à leur description figurant dans les données du contrat.][154]

Article 44. Force probante des réserves

Si les données du contrat comprennent une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41, le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport ne constitue pas une présomption simple ou une preuve péremptoire en vertu de l'article 43 dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises[155].

[Article 45. "Fret payé d'avance"[156]

Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, ni le porteur ni le destinataire ne sont tenus de régler le fret. Le présent article ne s'applique pas si le porteur ou le destinataire est également le chargeur.]

---

[154] Comme indiqué dans la note 145 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, l'opinion qui a prévalu au sein du Groupe de travail a été qu'il fallait conserver l'alinéa b) ii) entre crochets et prier le secrétariat d'y apporter les modifications nécessaires en tenant dûment compte des points de vue qui avaient été exprimés et des suggestions qui avaient été faites dans les paragraphes 45 à 47 du document A/CN.9/526. La variante B a été proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 pour répondre à la remarque selon laquelle la variante A semblait introduire un usage nouveau des documents non négociables inconnu dans le droit européen.

[155] Comme indiqué dans la note 146 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la variante du projet d'article 44 suggérée aux paragraphes 153 et 154 du document A/CN.9/WG.III/WP.21:

"Si les données du contrat comprennent une réserve, le document de transport ne constitue pas une présomption, sauf preuve contraire, ou une présomption absolue en vertu de l'article 43, dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises, lorsque celle-ci 'produit des effets' conformément au paragraphe 2."

Il serait alors nécessaire d'ajouter une nouvelle disposition, éventuellement sous forme de paragraphe 2, qui pourrait être libellée comme suit:

"Une réserve dans les données du contrat produit des effets aux fins du paragraphe 1 dans les circonstances suivantes:

a) Pour les marchandises non conteneurisées, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41 produit des effets correspondant à son libellé;

b) Pour des marchandises expédiées en conteneur fermé, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41 produit des effets correspondant à son libellé:

i) si le transporteur ou une partie exécutante livre le conteneur intact et non endommagé, hormis tout dommage au conteneur dépourvu de lien de causalité avec une perte ou un dommage quelconque subi par les marchandises; et

ii) s'il n'existe aucune preuve qu'après sa réception par le transporteur ou une partie exécutante le conteneur a été ouvert avant la livraison, sauf si:

1) le conteneur a été ouvert à des fins d'inspection;

2) l'inspection a été réalisée en présence de témoins appropriés; et

3) le conteneur a été dûment refermé après l'inspection, et a été à nouveau scellé s'il avait été scellé avant l'inspection."

[156] Ancien projet d'article 44-1 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 conservé, comme convenu (voir par. 162 à 164 du document A/CN.9/WG.III/WP.552), en tant que projet d'article 45.

CHAPITRE 10. LIVRAISON AU DESTINATAIRE[157]

Article 46. Obligation de prendre livraison

Lorsque les marchandises sont parvenues à leur destination, le destinataire [qui exerce l'un quelconque de ses droits en vertu du contrat de transport][158] doit prendre livraison des marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4. [Si le destinataire, manquant à cette obligation, laisse les marchandises sous la garde du transporteur ou de la partie exécutante, le transporteur ou la partie exécutante agit vis-à-vis des marchandises comme un mandataire du destinataire, mais sans assumer aucune responsabilité concernant la perte ou le dommage subi par ces marchandises, à moins que cette perte ou ce dommage ne résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur [ou de la partie exécutante][159] commis soit dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.][160]

Article 47. Obligation d'accuser réception

À la demande du transporteur ou de la partie exécutante qui livre les marchandises, le destinataire doit accuser réception[161] des marchandises des mains du transporteur ou de la partie exécutante de la manière qui est coutumière au lieu de destination.

Article 48. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis

Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:

---

157 Texte du présent chapitre repris du document A/CN.9/WG.III/WP.32, auquel des améliorations et des modifications sont proposées.

158 Comme indiqué dans la note 160 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a dit préférer que l'obligation de prendre livraison ne soit subordonnée à l'exercice d'aucun droit par le destinataire mais soit au contraire inconditionnelle.

159 Comme indiqué dans la note 161 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour éliminer le risque que la responsabilité des parties exécutantes puisse être engagée du fait de l'acte ou de l'omission du transporteur sur le fondement de la deuxième phrase du projet d'article 46, on a suggéré d'ajouter les mots "ou de la partie exécutante" après les mots "d'un acte ou d'une omission du transporteur".

160 Comme indiqué dans la note 162 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été suggéré de fusionner les projets d'articles 46 et 51, 52 et 53 ou, afin de réduire la confusion causée par l'interaction entre les projets d'articles 46 et 51, 52 et 53, de supprimer la deuxième phrase de l'article 46, les articles 51, 52 et 53 demeurant des articles distincts. La seconde de ces solutions a été retenue et la dernière phrase a été placée entre crochets.

161 Il a été jugé préférable de supprimer les mots "confirme la livraison" et de les remplacer par "doit accuser réception", car le destinataire pourrait confirmer ses propres actes mais non le fait que le transporteur s'est acquitté de son obligation.

a) Si le nom et l'adresse du destinataire ne sont pas indiqués dans les données du contrat, la partie contrôlante doit les indiquer au transporteur, avant ou lors de l'arrivée des marchandises au lieu de destination[162];

b) Variante A de l'alinéa b)[163]

Le transporteur doit livrer, au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4, les marchandises au destinataire sur production, par ce dernier, d'un document d'identification approprié[164];

Variante B de l'alinéa b)

Le transporteur doit livrer au destinataire les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4. Pour obtenir livraison, le destinataire doit produire un document d'identification approprié.

Variante C de l'alinéa b)

Le transporteur doit livrer au destinataire les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4. Il peut refuser de livrer les marchandises si le destinataire ne produit pas de document d'identification approprié.

c) Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur doit en aviser la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur doit donner des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa. Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément au présent l'alinéa est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport[165].

Article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:

---

[162] Comme indiqué dans la note 164 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la proposition faite au paragraphe 75 du document A/CN.9/526 concernant l'identité du destinataire a été incorporée dans le texte. Voir aussi *supra*, la note se rapportant au projet d'article 38-1 f).

[163] Comme indiqué dans la note 165 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, cette variante se fonde sur le texte initial du projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

[164] Comme indiqué dans la note 166 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la proposition faite au paragraphe 76 du document A/CN.9/526 de réviser l'alinéa b) de façon à indiquer que le transporteur avait le droit, mais non pas l'obligation, de refuser la livraison si aucun document d'identification approprié ne lui était présenté a été incorporé dans le texte de la variante B comme de la variante C.

[165] Comme indiqué dans la note 167 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été dit, lors de l'examen du projet d'article 49 b) et c), que les principes exprimés dans ces dispositions devraient également s'appliquer lorsque aucun instrument négociable n'avait été émis. Une disposition dans ce sens a été incorporée en tant qu'alinéa c).

a) i) Sans préjudice de l'article 46, le porteur d'un document de transport négociable est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 à ce porteur contre remise du document de transport négociable. Si plusieurs originaux du document de transport négociable ont été émis, la remise d'un original suffit et les autres originaux cessent d'avoir tout effet ou validité.

ii) Sans préjudice de l'article 46, le porteur d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 à ce porteur si celui-ci démontre conformément aux procédures mentionnées à l'article 6 qu'il est le porteur de l'enregistrement. Dès cette livraison, l'enregistrement cesse d'avoir tout effet ou validité[166].

b) Si le porteur ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur doit en aviser la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier ou de trouver la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur doit donner au transporteur des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa[167].

c) [Nonobstant l'alinéa d),][168] le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément à l'alinéa b) est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport

---

[166] Comme indiqué dans la note 168 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, sous réserve de la mise en garde consignée au paragraphe 80 du document A/CN.9/526, selon laquelle le Groupe de travail devrait soigneusement examiner l'équilibre entre les différents droits et obligations des parties, et leurs conséquences, afin de parvenir à une solution bien pesée et réaliste, comme indiqué au paragraphe 81 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail a jugé les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) généralement acceptables quant au fond.

[167] Comme indiqué dans la note 169 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la proposition au paragraphe 82 du document A/CN.9/526 selon laquelle le transporteur devrait être tenu d'accepter le document de transport négociable et, si le porteur du document ne demandait pas livraison des marchandises, d'en aviser la partie contrôlante semble être déjà traitée dans le texte de l'alinéa b).

[168] Comme indiqué dans la note 170 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été estimé qu'on ne voyait pas bien comment s'articulaient les alinéas c) et d), attendu que, dans cette dernière disposition, le porteur de bonne foi acquérait une certaine protection juridique, alors que sa position juridique n'était pas claire. Un lien existe déjà entre ces alinéas c) et d), car l'alinéa c) commence par les mots "Nonobstant l'alinéa d)". D'autres solutions sont possibles, par exemple, faire commencer l'alinéa d) par les mots "Sous réserve des dispositions" ou ajouter à la fin de cet alinéa une phrase libellée comme suit: "Le présent alinéa ne s'applique pas lorsque le transporteur livre les marchandises conformément à l'alinéa c)." Ces diverses possibilités sont provisoirement placées entre crochets.

au porteur[169], indépendamment du fait de savoir si le document de transport négociable lui a été remis, ou si la personne demandant livraison en vertu d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport a démontré, conformément aux procédures visées à l'article 6, qu'elle est le porteur.

Variante A de l'alinéa d)[170]

d) [Sous réserve des dispositions de l'alinéa c)][171] si le transporteur livre les marchandises au lieu de destination sans que le document de transport négociable lui soit remis ou sans que soit faite la démonstration visée à l'alinéa a) ii), une personne qui devient porteur après que le transporteur a livré les marchandises au destinataire ou à une personne ayant droit à ces marchandises en vertu de tout arrangement contractuel ou autre différent du contrat de transport n'acquiert des droits [opposables au transporteur][172] en vertu du contrat de transport: i) que si la transmission du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport s'est effectuée en vertu d'arrangements contractuels ou autres conclus avant cette livraison des marchandises; ou ii) que si cette personne, au moment où elle est devenue porteur, n'a pas eu et n'a pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison. [Le présent alinéa ne s'applique pas lorsque le transporteur livre les marchandises conformément à l'alinéa c).][173]

Variante B de l'alinéa d), qui comprend les alinéas d) et e)[174]

d) Si les marchandises sont livrées conformément à l'alinéa c), une personne qui devient le porteur après que le transporteur a livré les marchandises au destinataire ou à une personne ayant droit à ces marchandises en vertu de tout arrangement contractuel ou autre différent du contrat de transport acquiert des droits opposables au transporteur en vertu du contrat de transport, autres que le droit de demander la livraison des marchandises, seulement lorsque le transfert du document de transport négociable ou de

---

[169] Il est proposé de supprimer les crochets entourant les mots "au porteur", qui figuraient initialement dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21, et de conserver ces mots pour clarifier le texte.

[170] Texte tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, révisé comme indiqué.

[171] Voir *supra*, note 490.

[172] Comme indiqué dans la note 172 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la première préoccupation exprimée au paragraphe 88 du document A/CN.9/526 est qu'il faudrait énoncer plus clairement les droits du porteur en possession du document de transport négociable une fois la livraison effectuée. Une solution pourrait être d'indiquer à l'alinéa d) que les droits sont acquis contre le transporteur, indication qui a été incorporée dans la disposition. On pourrait aussi ajouter que ces droits découlent du non-respect, par le transporteur, de l'obligation qui lui incombe en vertu du projet d'article 13, mais ce n'est peut-être pas souhaitable. Par ailleurs, l'attention est appelée sur la nouvelle disposition, de portée bien plus étendue, suggérée *infra*, pour le projet d'article 61. La seconde préoccupation exprimée au paragraphe 88 du document A/CN.9/526, à savoir que le membre de phrase "n'ait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison" était imprécis, n'a pas été traitée.

[173] Voir *supra*, note 490.

[174] Cette variante est une version améliorée des mêmes principes que ceux énoncés dans la variante A.

l'enregistrement électronique négociable concernant le transport s'est effectuée en vertu d'arrangements contractuels ou autres conclus avant cette livraison des marchandises.

e) Nonobstant les alinéas c) et d), le porteur qui n'avait pas ou n'aurait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison au moment où il est devenu porteur acquiert les droits incorporés dans le document de transport négociable ou dans l'enregistrement électronique négociable concernant le transport.

Article 50. Instructions insuffisantes[175]

Si la partie contrôlante ou le chargeur ne donne pas au transporteur des instructions suffisantes conformément aux articles 48 et 49 ou si la partie contrôlante ou le chargeur ne peuvent être trouvés[176], le transporteur est fondé, sans préjudice de toute autre voie de droit dont il peut se prévaloir contre cette partie contrôlante ou ce chargeur, à exercer ses droits en vertu des articles 51,52 et 53.

Article 51. Marchandises non livrables

1. Le transporteur est fondé à exercer les droits et moyens mentionnés au paragraphe 2 aux risques et à la charge[177] de la personne ayant droit aux marchandises si celles-ci sont parvenues au lieu de destination et:

a) Si le destinataire n'en a pas effectivement pris livraison conformément au présent chapitre au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 [et s'il n'a été conclu entre le transporteur ou la partie exécutante et le destinataire aucun contrat explicite ou implicite concernant la garde des marchandises][178]; ou

b) Si le transporteur n'est pas autorisé par la loi ou la réglementation applicable à les livrer au destinataire.

2. Les droits et moyens mentionnés au paragraphe 1 sont les suivants:

a) Stocker les marchandises en tout lieu approprié;

---

175 Le texte gagnerait probablement en clarté si l'alinéa e) du projet d'article 49 faisait l'objet d'un article distinct numéroté article 50.

176 Comme indiqué dans la note 174 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, cet ajout a été fait suite à la proposition, présentée au paragraphe 89 du document A/CN.9/526, d'aligner l'alinéa e) sur l'alinéa b). D'autres changements ont été apportés et les crochets supprimés afin de clarifier le texte.

177 Comme indiqué dans la note 176 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a fait observer que, lorsque le transporteur exerçait ses droits en vertu du projet d'article 51, il pouvait en résulter des dépenses en plus de celles liées à la perte ou au dommage, et que la valeur des marchandises pourrait dans certains cas ne pas couvrir les dépenses encourues. L'ajout du membre de phrase "et à la charge" au paragraphe 1 devrait répondre à cette préoccupation.

178 Comme indiqué dans la note 175 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on s'est déclaré préoccupé par le membre de phrase "il n'a été conclu entre le transporteur ou la partie exécutante et le destinataire aucun contrat explicite ou implicite succédant au contrat de transport", au motif qu'il était ambigu, car il pouvait être interprété comme concernant un contrat d'entreposage si un tel contrat "succédait au contrat de transport"; on a dit aussi que la notion d'"explicite ou implicite" était difficile à comprendre. Ce membre de phrase a donc été placé entre crochets pour être éventuellement supprimé.

b) Déballer les marchandises si elles sont emballées dans des conteneurs, ou prendre vis-à-vis des marchandises les autres mesures que, de l'avis du transporteur, les circonstances peuvent raisonnablement exiger; ou

c) Faire vendre les marchandises conformément aux pratiques ou aux prescriptions légales ou réglementaires du lieu où les marchandises sont alors situées.

3. Si les marchandises sont vendues comme prévu à l'alinéa c) du paragraphe 2, le transporteur doit conserver le produit de la vente au profit de la personne ayant droit aux marchandises, sous réserve de déduire toute dépense supportée en rapport avec les marchandises; et tout autre montant qui lui est dû.

Article 52. Avis d'arrivée à destination

Le transporteur n'est autorisé à exercer les droits visés à l'article 51 qu'après avoir avisé suffisamment à l'avance[179] de l'arrivée des marchandises au lieu de destination soit la personne éventuellement indiquée dans les données du contrat comme étant la personne à aviser de cette arrivée, soit le destinataire, ou encore la partie contrôlante ou le chargeur.

Article 53. Responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables

Dans l'exercice des droits visés à l'article 51-2, le transporteur ou une partie exécutante est responsable[180] de la perte ou du dommage subi par les marchandises, seulement si cette perte ou ce dommage résulte [d'un acte ou d'une omission de sa part commis soit dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement][181].

---

[179] Comme indiqué dans la note 177 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on s'est demandé pourquoi seul un avis était nécessaire et pourquoi le transporteur n'avait pas à attendre une réponse ou une réaction de la personne avisée avant d'exercer ses droits. L'ajout du membre de phrase "suffisamment à l'avance" après le mot "avisé" devrait répondre à cette préoccupation.

[180] Comme indiqué dans la note 178 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on s'est déclaré préoccupé, au paragraphe 94 du document A/CN.9/526, par le fait que le libellé du projet d'article 53 pouvait être interprété comme laissant entendre que l'acte ou l'omission du transporteur pouvait entraîner la responsabilité de la partie exécutante. La suppression des mots "agissent en tant qu'agent de l'ayant droit aux marchandises, mais sans assumer aucune responsabilité concernant" et l'ajout des mots "sont responsables seulement si" devraient répondre à cette préoccupation.

[181] Comme indiqué dans la note 179 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été proposé d'ajouter les mots "ou de la partie exécutante" après les mots "d'un acte ou d'une omission du transporteur" et de supprimer, dans la version anglaise du texte, le mot "personal". Ces deux propositions ont été incorporées dans le texte.

CHAPITRE 11. DROIT DE CONTRÔLE[182]

Article 54. Définition du droit de contrôle

Le droit de contrôle des marchandises [désigne] [est] le droit, en vertu du contrat de transport, de donner au transporteur des instructions concernant les marchandises pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est indiquée à l'article 11-1.][183] Ce droit comprend uniquement:

a) Le droit de donner ou de modifier des instructions concernant les marchandises sans que cela constitue une modification du contrat de transport[184];

b) Le droit d'exiger la livraison des marchandises [avant leur arrivée au lieu de destination] [dans un port intermédiaire ou lieu en cours de trajet][185]; et

c) Le droit de remplacer le destinataire par toute autre personne, y compris la partie contrôlante[186].

[Article 55. Modification du contrat de transport

1. La partie contrôlante est la seule personne pouvant exercer le droit de contrôle et peut convenir avec le transporteur d'une modification du contrat de transport autre que les modifications visées à l'article 54 b) et c)[187].

---

[182] Texte initial de ce chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations, des variantes et des corrections sont proposées.

[183] Comme indiqué dans la note 181 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail pourrait déterminer s'il faudrait modifier quelque peu cette phrase et la déplacer à l'alinéa l) de l'article premier (définition du "droit de contrôle").

[184] Comme indiqué dans la note 182 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a exprimé la crainte, au paragraphe 102 du document A/CN.9/526, que le membre de phrase "de donner ou de modifier des instructions ... sans que cela constitue une modification du contrat de transport" puisse être considéré comme contradictoire. On a répondu qu'il faudrait faire une distinction claire, quant au fond, entre ce qu'on considérait comme une modification mineure ou "normale" des instructions concernant les marchandises et une modification plus fondamentale du contrat de transport. Il est proposé de déplacer l'alinéa d) pour l'insérer dans le projet d'article 55 afin de répondre à ces préoccupations.

[185] La variante proposée entre crochets vise à bien montrer que la livraison avant l'arrivée à destination ne doit pas s'entendre comme un changement de destination mais seulement comme une livraison à un lieu sur le trajet.

[186] Comme indiqué dans la note 180 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été proposé, au paragraphe 103 du document A/CN.9/526, de supprimer l'alinéa d) pour préserver le caractère unilatéral de toute instruction qui pourrait être donnée au transporteur par la partie contrôlante, par opposition à toute modification des clauses du contrat de transport, qui exigerait l'accord mutuel des parties au contrat. On a répondu que cette disposition était utile pour définir le droit de contrôle puisqu'elle indiquait clairement que la partie contrôlante devait être considérée comme l'interlocuteur du transporteur pendant le voyage. Pour répondre à ces préoccupations et éviter toute confusion entre le droit de contrôle et le droit de convenir avec le transporteur de modifications au contrat de transport, il est suggéré de placer l'alinéa d) dans le projet d'article 55. Il est à noter également que la première phrase du chapeau devra être remaniée si l'on incorpore dans l'alinéa l) de l'article premier une définition fondée sur cette phrase.

[187] Le paragraphe 1 reprend l'ancien alinéa d) de l'article 54 en mettant l'accent sur l'exclusivité de la position de la partie contrôlante.

2. Toute modification du contrat de transport, y compris les modifications visées à l'article 54 b) et c), lorsqu'elle prend effet, doit être portée sur le document de transport [négociable] ou incorporée dans l'enregistrement électronique [négociable] concernant le transport et être paraphée ou signée conformément à l'article 39.][188]

Article 56. Règles applicables en fonction du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport émis

1. Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) Le chargeur est la partie contrôlante à moins que le chargeur [et le destinataire conviennent qu'une autre personne est la partie contrôlante et que le chargeur en avise le transporteur. Le chargeur et le destinataire peuvent convenir que le destinataire est la partie contrôlante] [désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante][189];

b) La partie contrôlante peut transférer le droit de contrôle à une autre personne, après quoi l'auteur du transfert perd son droit de contrôle. L'auteur [ou le bénéficiaire] [ou, si la loi applicable le permet, le bénéficiaire][190] du transfert doit aviser le transporteur de ce transfert;

c) Lorsque la partie contrôlante exerce le droit de contrôle conformément à l'article 54, elle doit produire un document d'identification approprié;

[d) Le droit de contrôle [prend fin] [est transféré au destinataire] lorsque les marchandises sont arrivées à destination et que le destinataire en a demandé la livraison.][191]

---

188 Le paragraphe 2 est jugé souhaitable pour faire en sorte que les modifications du contrat de transport soient signées ou, du moins, paraphées, conformément à la pratique actuelle. Si le Groupe de travail accepte cette proposition, il est suggéré de renvoyer à l'exigence de signature énoncée au projet d'article 39. Les paragraphes 2 d) et 3 c) du projet d'article 56 ont été supprimés compte tenu du paragraphe 2 proposé.

189 Comme indiqué dans la note 184 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a demandé, au paragraphe 105 du document A/CN.9/526, pourquoi l'accord du destinataire était nécessaire pour désigner une partie contrôlante autre que le chargeur, alors que le destinataire n'était pas partie au contrat de transport. Il a aussi été fait observer que, si le contrat prévoyait que le chargeur était la partie contrôlante, l'alinéa b) du paragraphe 1 lui conférait le pouvoir de transférer unilatéralement son droit de contrôle à une autre personne. Pour répondre à ces préoccupations, on a placé entre crochets les mots qui viennent après "à moins que le chargeur" en vue de leur éventuelle suppression et on a ajouté, à leur place et entre crochets, le membre de phrase "désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante".

190 Comme indiqué dans la note 185 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a exprimé la crainte, au paragraphe 107 du document A/CN.9/526, que, dans certains pays, le transfert du droit de contrôle ne puisse s'effectuer par simple notification donnée au transporteur par le bénéficiaire du transfert. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait éliminer les mots "ou le bénéficiaire" du paragraphe 1 b). Ces mots sont placés entre crochets. Une variante allant dans le sens du texte approuvé au projet d'article 63 a été insérée à leur suite pour la poursuite des débats.

191 Comme indiqué dans la note 186 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la partie contrôlante

2. Lorsqu'un document de transport négociable est émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) Le porteur ou, lorsque plusieurs originaux du document de transport négociable sont émis, le porteur de tous les originaux est la seule partie contrôlante;

b) Le porteur peut transférer le droit de contrôle en transmettant le document de transport négociable à une autre personne conformément à l'article 61, après quoi l'auteur du transfert perd son droit de contrôle. Si plusieurs originaux de ce document ont été émis, tous les originaux doivent être transmis pour que le droit de contrôle soit transféré;

c) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur doit présenter le document de transport négociable au transporteur si celui-ci le demande. Si plusieurs originaux du document ont été émis, tous les originaux [à l'exception de ceux que le transporteur détient déjà au nom de la personne qui cherche à exercer un droit de contrôle] doivent être présentés, faute de quoi le droit de contrôle ne peut être exercé[192];

3. Lorsqu'un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis:

a) Le porteur est la seule partie contrôlante et peut transférer le droit de contrôle à une autre personne en transférant l'enregistrement électronique négociable concernant le transport conformément aux procédures visées à l'article 6, après quoi l'auteur du transfert perd son droit de contrôle;

b) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur, si le transporteur le demande, doit démontrer, conformément aux procédures visées à l'article 6, qu'il est le porteur.

---

conserve le contrôle des marchandises jusqu'à leur livraison finale. Toutefois, le projet d'article 56 ne dit rien du moment jusqu'auquel le droit de contrôle peut être exercé dans le cas où un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable a été émis. On pense qu'une disposition pourrait être incorporée pour tenir compte de cette observation. Le paragraphe 1 d) a donc été ajouté. Il est à noter toutefois que, comme indiqué également au paragraphe 106 du document A/CN.9/526, la crainte a été exprimée que l'instruction fréquemment donnée par le chargeur au transporteur, à savoir celle de ne pas livrer les marchandises avant qu'il n'ait reçu du chargeur confirmation du règlement des marchandises, puisse devenir inexécutable. Par ailleurs, comme l'article 54 dispose que le droit de contrôle est le droit de donner au transporteur des instructions pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est indiquée à l'article 11, il est peut-être inutile de préciser à quel moment le droit de contrôle prend fin.

192 Comme indiqué dans la note 188 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 c) ne traitait pas de façon suffisante les conséquences de la situation où le porteur ne présentait pas tous les exemplaires du document négociable au transporteur et qu'en pareil cas le transporteur devrait être libre de refuser d'exécuter les instructions données par la partie contrôlante. Le Groupe de travail a estimé d'une manière générale que, si tous les exemplaires du connaissement n'avaient pas été présentés par la partie contrôlante, le droit de contrôle ne pouvait pas être exercé et qu'il faudrait prévoir une exception à la règle selon laquelle la partie contrôlante devait présenter tous les exemplaires du connaissement pour les cas où le transporteur détenait déjà un exemplaire du connaissement. Pour répondre à ces préoccupations, il est suggéré que les membres de phrase indiqués soient ajoutés au paragraphe 2 c).

4. Nonobstant l'article 63[193], une personne autre que le chargeur ou la personne visée à l'article 34, qui a transféré le droit de contrôle sans avoir exercé ce droit est, lors de ce transfert, libérée des obligations imposées à la partie contrôlante par le contrat de transport ou par la présente Convention.

Article 57. Exécution de l'instruction par le transporteur

1. Variante A du paragraphe 1, comprenant aussi le paragraphe 1 *bis*[194]

Sous réserve des paragraphes 1 *bis*, 2 et 3, le transporteur doit exécuter toute instruction mentionnée à l'article 54[195] si elle:

a) Peut raisonnablement être exécutée selon ses termes au moment où elle parvient à la personne qui doit l'exécuter;

b) Ne gênera pas les activités normales du transporteur ou d'une partie exécutante; et

c) N'entraînera pas de dépense additionnelle, de perte ou de dommage pour le transporteur, la partie exécutante ou toute personne ayant des droits sur d'autres marchandises transportées pendant le même voyage.

1 *bis*.S'il y a des raisons de penser qu'une ou plusieurs des conditions mentionnées aux alinéas a), b) et c) ne sont pas satisfaites, le transporteur n'est nullement obligé d'exécuter l'instruction[196].

Variante B du paragraphe 1

Sous réserve des paragraphes 2 et 3, le transporteur doit exécuter les instructions mentionnées à l'article 54[197]si:

a) La personne donnant ces instructions est fondée à exercer le droit de contrôle;

b) Les instructions peuvent raisonnablement être exécutées selon leurs termes au moment où elles parviennent au transporteur; et

---

[193] Le texte du document A/CN.9/WG.III/WP.32 renvoyait précédemment au projet d'article 62, qui a été supprimé en faveur du projet d'article 61 *bis* renuméroté projet d'article 63.

[194] La variante A se fonde sur le texte initial du projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21. Comme indiqué dans la note 192 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail est convenu d'une manière générale que le paragraphe 1 devrait être remanié pour tenir compte des vues et des suggestions dans les paragraphes 114 à 116 et que ce remaniement devrait traiter d'abord des circonstances dans lesquelles le transporteur devait suivre les instructions reçues de la partie contrôlante puis les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution de ces instructions. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de cette disposition, comprenant le cas échéant des variantes, en vue de la poursuite des discussions à une session ultérieure. Une variante B a donc été proposée.

[195] Le renvoi aux alinéas "a), b) ou c)" a été supprimé suite à la proposition d'insérer l'alinéa d) de l'article 54 dans le projet d'article 55.

[196] Le paragraphe 1 *bis* a été construit à partir de la dernière phrase de la variante A purement pour des raisons de forme et non pour apporter un changement quant au fond.

[197] Voir *supra*, note 518.

c) Les instructions ne gêneront pas les activités normales du transporteur ou d'une partie exécutante[198].

2. Dans tous les cas, la partie contrôlante doit rembourser[199] au transporteur, aux parties exécutantes et à toute personne ayant des droits sur d'autres marchandises transportées pendant le même voyage en mer ou autre toute dépense additionnelle qu'ils pourraient supporter et doit les indemniser de toute perte ou tout dommage qu'ils pourraient subir du fait de l'exécution d'une instruction en vertu du présent article[200].

3. À la demande du transporteur, la partie contrôlante doit fournir une garantie[201] correspondant au montant de la dépense additionnelle, de la perte ou du dommage auxquels il est raisonnable de s'attendre. [Le transporteur est en droit d'obtenir de la partie contrôlante une garantie s'il:

a) A des raisons de s'attendre que l'exécution d'une instruction en vertu du présent article entraînera une dépense additionnelle, une perte ou un dommage; et

b) Est néanmoins disposé à exécuter cette instruction.];

4. Le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises du fait qu'il n'a pas exécuté les instructions de la partie contrôlante en violation de l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 1[202].

---

198 La variante B a été proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32 pour répondre aux préoccupations exprimées dans la note 193 de ce document. Pour éviter une contradiction entre l'alinéa c) du paragraphe 1 et l'alinéa b) du projet d'article 54 concernant le droit de contrôle et les "dépenses additionnelles" qui pourraient résulter de l'instruction, il a été proposé soit que le transporteur ne soit pas obligé d'exécuter l'instruction reçue conformément à cet alinéa, soit que l'alinéa c) du paragraphe 1 limite l'obligation du transporteur d'exécuter cette instruction aux cas dans lesquels celle-ci n'entraînerait pas de dépenses additionnelles "importantes". Par ailleurs, comme indiqué au paragraphe 115 du document A/CN.9/526, un large appui a été exprimé, au sein du Groupe de travail, en faveur de la suppression de l'alinéa c) du paragraphe 1. Compte tenu de ces suggestions, le libellé du paragraphe 1 pourrait être remanié comme indiqué et le droit conféré au transporteur par le paragraphe 3 pourrait être renforcé, comme indiqué *infra*, dans la note 524. En outre, l'alinéa c) du paragraphe 1 a été supprimé.

199 Comme indiqué dans la note 194 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la notion d'"indemnisation" laissait penser à tort que la partie contrôlante pouvait encourir une responsabilité et il a été suggéré de la remplacer par celle de "rémunération", qui cadrait davantage avec l'exercice légitime de son droit de contrôle par la partie contrôlante.

200 Comme indiqué dans la note 195 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, les modifications apportées au paragraphe 2 tiennent compte de la proposition, formulée au paragraphe 117 du document A/CN.9/526, selon laquelle cette disposition révisée devrait traiter d'abord des circonstances dans lesquelles le transporteur devait suivre les instructions reçues de la partie contrôlante puis les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution de ces instructions.

201 Comme indiqué dans la note 196 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, bien que, comme noté au paragraphe 119 du document A/CN.9/526, le Groupe de travail ait estimé "acceptable d'une manière générale" le paragraphe 3, les changements indiqués ont été apportés compte tenu des observations relatives au projet d'article 57-1. Voir *supra*, note 521.

202 Comme indiqué dans la note 197 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, une question a été posée au sujet de la nature de l'obligation incombant au transporteur dans le projet d'article 57 et l'on s'est demandé s'il s'agissait d'une obligation de résultat ou d'une obligation – moins stricte – de moyens, le transporteur faisant alors de son mieux pour exécuter les instructions reçues de la partie contrôlante. On a exprimé l'opinion qu'une obligation de résultat – plus stricte – serait

Article 58. Marchandises réputées livrées

Les marchandises livrées suivant une instruction donnée conformément à l'article 54 b) sont réputées livrées au lieu de destination et les dispositions du chapitre 10 relatives à cette livraison leur sont applicables.

Article 59. Obligation de fournir des informations, instructions ou documents au transporteur

Si, pendant la période où les marchandises sont sous sa garde, le transporteur ou une partie exécutante a raisonnablement besoin d'informations, d'instructions ou de documents en sus de ceux visés à l'article 30 a), la partie contrôlante, à la demande de l'un ou l'autre, doit fournir ces informations[203]. Si le transporteur, après un effort raisonnable, n'est pas en mesure d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou si la partie contrôlante n'est pas en mesure de lui fournir des informations, instructions ou documents suffisants, le chargeur ou la personne visée à l'article 34 doit le faire.

Article 60. Dérogation conventionnelle

Les articles 54 b) et c) et 57 sont susceptibles de dérogation par convention entre les parties. Les parties peuvent aussi restreindre ou exclure la possibilité de transférer le droit de contrôle visée à l'article 56-1 b). Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis, toute convention mentionnée au présent article doit être indiquée ou incorporée[204] dans les données du contrat.

---

préférable. Toutefois, le transporteur ne devrait pas assumer les conséquences de l'inexécution de son obligation de résultat s'il pouvait apporter la preuve qu'il avait déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de cette obligation ou que, compte tenu des circonstances, il aurait été déraisonnable de s'en acquitter. En ce qui concerne les conséquences de l'inexécution de l'obligation de résultat, il a été estimé que le projet de convention devrait être plus précis, par exemple en indiquant le type de responsabilité encourue par le transporteur et les conséquences de cette inexécution sur l'exécution ultérieure du contrat. Pour donner suite à ces observations, on a ajouté un nouveau paragraphe 4. S'agissant des conséquences de l'inexécution des instructions, lorsque évidemment elles auraient dû être exécutées, on part du principe que l'intention implicite était de prévoir que le transporteur serait tenu de dommages-intérêts. Si le Groupe de travail décide d'inclure une disposition à cet effet, il pourrait également déterminer s'il faudrait limiter cette responsabilité.

[203] Comme indiqué dans la note 199 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la suggestion de mentionner, outre le transporteur, la partie exécutante a été appuyée d'une manière générale. Compte tenu également de la recommandation formulée au paragraphe 123 du document A/CN.9/526, des modifications ont été apportées afin que le projet d'article 59 soit plus clair.

[204] Comme indiqué dans la note 200 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, l'idée selon laquelle le projet d'article 60 révisé ne devait pas s'interpréter comme limitant d'une quelconque façon la liberté des parties de déroger aux dispositions du chapitre 11 a été largement appuyée par le Groupe de travail. De plus, il semble sous-entendu que la dernière phrase de ce projet d'article devrait s'appliquer uniquement si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis. Ceci a donc été indiqué dans le texte révisé, dans lequel les conventions incorporées par référence ont également été mentionnées, comme proposé.

CHAPITRE 12. TRANSFERT DE DROITS[205]

Article 61. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

1. Si un document de transport négociable est émis, le porteur peut transférer les droits incorporés dans ce document en le transférant à une autre personne:

a) Dûment endossé au profit de cette autre personne ou en blanc, s'il s'agit d'un document à ordre; ou

b) Sans endossement, s'il s'agit d'un document au porteur ou d'un document endossé en blanc; ou

c) Sans endossement, s'il s'agit d'un document établi à l'ordre d'une personne désignée qui est transféré entre le premier porteur et cette personne désignée[206].

2. Si un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis, son porteur peut transférer les droits incorporés dans cet enregistrement, que celui-ci soit établi à ordre ou à l'ordre d'une personne désignée, en le transférant conformément aux procédures visées à l'article 6[207].

Article 62. Responsabilité du porteur

1. Sans préjudice de l'article 59, un porteur qui n'est pas le chargeur et qui n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport n'assume aucune responsabilité en vertu de ce contrat uniquement du fait qu'il est porteur.

2. Un porteur qui n'est pas le chargeur et qui exerce un droit quelconque en vertu du contrat de transport assume [les responsabilités qui lui incombent en vertu de ce contrat dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées ou déterminables dans le document de transport négociable ou l'enregistrement électronique négociable concernant le transport] [les responsabilités qui incombent à la partie contrôlante en vertu du chapitre 11 et celles qui incombent au chargeur pour le paiement du fret, du faux fret, des surestaries et des contrestaries dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées dans le document de transport négociable ou l'enregistrement électronique négociable concernant le transport][208].

---

[205] Texte initial du présent chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations et des corrections sont proposées.

[206] Comme indiqué dans la note 201 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail s'est largement prononcé en faveur du maintien du texte du projet d'article 61-1 dans sa rédaction actuelle, afin de promouvoir l'harmonisation et de prendre en compte les enregistrements électroniques négociables concernant le transport. La préoccupation exprimée au paragraphe 132 du document A/CN.9/526 en ce qui concerne les documents négociables nominatifs dans certains droits nationaux a été notée.

[207] Comme indiqué dans la note 202 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a examiné le paragraphe 2 à sa quinzième session en même temps que les autres dispositions du projet de convention relatives aux enregistrements électroniques concernant le transport.

[208] Comme indiqué dans la note 204 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du paragraphe 2 en tenant dûment compte des opinions exprimées. Or, les vues présentées aux paragraphes 137 à 139 du document

3. Aux fins des paragraphes 1 et 2 [et de l'article 46][209], un porteur qui n'est pas le chargeur n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport au seul motif que:

a) En vertu de l'article 7 il convient avec le transporteur de remplacer un document de transport négociable par un enregistrement électronique négociable concernant le transport ou de remplacer un enregistrement électronique négociable concernant le transport par un document de transport négociable, ou

b) En vertu de l'article 61 il transfère ses droits.

Article 63.[210] Cas où aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis

Si aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis, les alinéas suivants s'appliquent au transfert de droits en vertu d'un contrat de transport:

a) Le transfert est soumis à la loi qui régit le contrat concernant le transfert ou, si les droits sont transférés autrement que par contrat, à la loi qui régit le transfert;

b) La transférabilité des droits censés être transférés est régie par la loi applicable au contrat de transport; et

c) Quelle que soit la loi applicable conformément aux alinéas a) et b) du paragraphe 1,

i) un transfert qui est normalement autorisé par la loi applicable peut s'effectuer par des moyens électroniques,

ii) un transfert doit être notifié au transporteur par son auteur ou, si une autre loi applicable l'autorise, par son bénéficiaire[211], et

---

A/CN.9/526 n'étaient pas conciliables. Ceux qui étaient favorables à une modification du texte ont demandé que ce dernier précise les responsabilités que le porteur exerçant un droit quelconque au titre du contrat de transport assumerait en vertu dudit contrat et on a essayé de modifier le texte. À cet égard, il faudrait peut-être envisager un type particulier de responsabilité, à savoir la responsabilité en cas de perte ou de préjudice matériel ou corporel causé par les marchandises (à l'exclusion, en tout état de cause, de la responsabilité pour manquement aux obligations qui incombent au chargeur en vertu du projet d'article 28).

209 L'insertion des mots entre crochets dépendra de la décision du Groupe de travail concernant le maintien ou non du texte entre crochets au projet d'article 46.

210 Le projet d'article 63, précédemment 61 *bis*, a remplacé les projets d'articles 61 et 62 qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, comme le Groupe de travail en a décidé au paragraphe 213 du document A/CN.9/576, après avoir examiné les aspects de l'article 63 liés au commerce électronique, comme indiqué au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, et après avoir étudié la possibilité de remplacer les projets d'articles 61 et 62 par le projet d'article 63 aux paragraphes 212 et 213 du document A/CN.9/576.

211 Comme indiqué dans la note 57 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, si la notification du transfert par l'auteur du transfert est une règle courante, certains pays exigent qu'elle soit faite par le bénéficiaire du transfert. Aussi a-t-il été proposé de remplacer le membre de phrase "soit par l'auteur soit par le bénéficiaire du transfert" par le membre de phrase "par son auteur ou, si une autre loi applicable l'autorise, par son bénéficiaire", de manière à imposer la charge de la notification à l'auteur du transfert, tout en conservant la possibilité d'une notification par le bénéficiaire, lorsque cela est autorisé.

iii) si un transfert inclut des responsabilités qui sont liées au droit transféré ou qui en découlent, l'auteur et le bénéficiaire du transfert assument solidairement ces responsabilités.

CHAPITRE 13. LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ

Article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité[212]

1. Sous réserve des articles 65 et 66-1, la responsabilité du transporteur pour manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention[213] est limitée à [...] unités de compte par colis ou autre unité de chargement, ou à [...] unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable, sauf lorsque la nature et la valeur des marchandises ont été déclarées par le chargeur avant l'expédition et figurent dans les données du contrat, ou lorsqu'un montant supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre le transporteur et le chargeur.

Variante A du paragraphe 2[214]

[2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque a) le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard de livraison a été causé][215] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi et b) des dispositions d'une convention internationale [ou de la législation nationale] seraient applicables conformément à l'article 27 si la perte, le dommage [ou le retard] étaient survenus pendant le transport qui a précédé ou suivi le transport par mer, la responsabilité du transporteur pour cette perte, ce dommage [ou ce retard] est limitée conformément aux dispositions sur la limitation prévues dans une convention internationale [ou la législation nationale][216] qui aurait été applicable si le lieu du dommage avait été établi ou conformément aux dispositions sur la limitation de la présente Convention, la limite de responsabilité la plus élevée étant retenue.]

Variante B du paragraphe 2[217]

[2. Nonobstant le paragraphe 1, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard

---

212 Les paragraphes 1, 2 (ici variante B) et 3 sont tirés du paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, avec des modifications. La variante A du paragraphe 2 est une nouvelle proposition.

213 Cet ajout rend apparemment inutile la référence à la perte ou au dommage "[lié aux marchandises]".

214 La variante A vise à clarifier le texte de la variante B, qui figurait au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, et non à modifier l'approche suggérée.

215 Voir *infra*, note 218.

216 Texte mis entre crochets pour faire pendant au texte de l'article 27-1, sous réserve de la décision du Groupe de travail.

217 Cette variante correspond au texte qui figurait au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

de livraison a été causé][218] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales [et nationales][219] régissant les différentes parties du transport s'applique.]

3. Lorsque les marchandises sont transportées dans ou sur un conteneur, une palette ou un engin de transport similaire utilisé pour grouper des marchandises[220], les colis ou les unités de chargement énumérés dans les données du contrat comme ayant été placés dans ou sur cet engin de transport sont considérés comme plusieurs colis ou unités de chargement. En l'absence d'une telle énumération, les marchandises placées dans ou sur cet engin de transport sont considérées comme une seule unité de chargement.

4. L'unité de compte visée dans le présent article est le droit de tirage spécial tel qu'il est défini par le Fonds monétaire international. Les montants mentionnés dans le présent article sont convertis dans la monnaie nationale d'un État suivant la valeur de cette monnaie à la date du jugement ou à une date convenue par les parties. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie nationale d'un État contractant qui est membre du Fonds monétaire international est calculée selon la méthode d'évaluation appliquée par le Fonds monétaire international à la date en question pour ses propres opérations et transactions. La valeur, en droits de tirages spéciaux, de la monnaie d'un État contractant qui n'est pas membre du Fonds monétaire international est calculée de la façon déterminée par cet État[221].

---

[218] Comme indiqué dans la note 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte du paragraphe 2 a été conservé entre crochets, et une référence au retard de livraison a été introduite entre crochets en vue de la poursuite du débat.

[219] Voir *supra*, note 216.

[220] Comme indiqué dans la note 17 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudrait peut-être examiner plus avant la définition du terme "conteneur" au projet d'article premier afin qu'elle englobe les palettes. Les ajouts proposés reflètent l'article IV.5 des Règles de La Haye-Visby et l'article 6-2 des Règles de Hambourg.

[221] Le texte du paragraphe 4 est pour l'essentiel identique au paragraphe 1 du texte à caractère non impératif adopté par la CNUDCI à sa quinzième session (A/37/17, par. 53 à 55 et 63, et annexe I, reproduit dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XIII, 1982, p. 12) pour la clause relative à l'unité de compte en vue de l'élaboration future de conventions internationales comportant des clauses sur la limitation de la responsabilité. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la possibilité d'ajouter le paragraphe suivant, qui correspond au paragraphe 2 du texte adopté en 1982 par la Commission:

"5. Le calcul mentionné à la dernière phrase du paragraphe 4 doit être fait de façon à exprimer en monnaie nationale de l'État contractant la même valeur réelle, dans la mesure du possible, que celle qui est exprimée en unités de compte au présent article. Au moment de la signature ou lors du dépôt de leur instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, et chaque fois qu'un changement se produit dans leur méthode de calcul, les États contractants communiquent au dépositaire leur méthode de calcul".

Article 65. Responsabilité pour le préjudice causé par le retard[222]

Variante A[223]

Sous réserve de l'article 66-2, le montant de la réparation en cas de perte physique ou d'endommagement des marchandises résultant d'un retard doit être calculé conformément à l'article 23 et[, sauf convention contraire,] la responsabilité[224] pour le préjudice économique résultant d'un retard est limitée à un montant équivalent à [une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Le montant total payable en vertu du présent article et de l'article 64-1 ne peut pas dépasser la limite qui serait fixée conformément à l'article 64-1 pour la perte totale des marchandises concernées.

Variante B[225]

Sous réserve de l'article 66-2 et sauf convention contraire[226], si un retard de livraison cause un préjudice [indirect][227] qui ne résulte pas de la perte ou du dommage subi par les marchandises transportées et n'est donc pas couvert par l'article 23, la responsabilité[228] pour ce préjudice est limitée à un montant équivalent à [une fois][229] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Le montant total payable en vertu du présent article et de l'article 64-1 ne peut pas dépasser la limite qui serait fixée conformément à l'article 64-1 pour la perte totale des marchandises concernées.

Article 66. Déchéance du droit de limiter la responsabilité[230]

1. Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 19 ne peuvent limiter leur responsabilité comme prévu aux articles 26-4 et 64[231], [ni

---

222 L'ancien projet d'article 16-2, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, a été déplacé pour former ici un article distinct dans le chapitre 13.

223 La variante A se fonde sur un texte proposé pour la première phrase du paragraphe 2 dans la note 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Les changements ont pour seul but de clarifier le libellé en ce qui concerne les dommages indirects, comme suggéré au paragraphe 25 du document A/CN.9/552.

224 Le mot "responsabilité" est proposé pour que le texte soit cohérent avec le nouveau chapitre créé sur la "limitation de la responsabilité".

225 La variante B est une version légèrement modifiée du texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, comme indiqué au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, et comme convenu aux paragraphes 20, 22, 24, 28 et 31 du document A/CN.9/552.

226 Comme indiqué dans la note 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, la formule "sauf convention contraire" a été ajoutée au début du paragraphe 2, mais il faudrait réexaminer la question dans le contexte du projet d'article 66 et du chapitre 20.

227 Comme indiqué dans la note 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il a été proposé de clarifier le libellé concernant les dommages indirects.

228 Voir *supra*, note 224.

229 Comme indiqué dans la note 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, le texte "[une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard" a été ajouté au paragraphe 2 en vue de la poursuite du débat à une session ultérieure.

230 Modifications au texte figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.III/WP.39.

231 Comme indiqué dans la note 34 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, il faudra peut-être étudier plus avant la proposition d'ajouter un renvoi à l'article 23 dans le contexte du chapitre 20.

conformément au contrat de transport][232] si le demandeur prouve que[233] la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le non-respect des obligations incombant au transporteur en vertu de la présente Convention[234] résulte d'un acte ou d'une omission que la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité a commis soit dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement et en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.

2. Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 19 ne peuvent limiter leur responsabilité comme prévu à l'article 65, si le demandeur prouve que le retard de livraison résulte d'un acte ou d'une omission que la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité a commis soit dans l'intention de provoquer le préjudice dû au retard, soit témérairement et en sachant que ce préjudice en résulterait probablement[235].

CHAPITRE 14. DROITS D'ACTION[236]

Article 67. Parties

Variante A[237]

1. Sans préjudice des articles 68 et 68 b), les droits découlant du contrat de transport ne peuvent être opposés au transporteur ou à une partie exécutante que par:

a) Le chargeur, dans la mesure où il a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport;

b) Le destinataire, dans la mesure où il a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport; ou

c) Toute personne à laquelle le chargeur ou le destinataire a transféré ses droits ou qui a acquis des droits au titre du contrat de transport par subrogation en vertu de la législation nationale applicable, tel un assureur, dans la mesure où la personne dont elle a acquis les droits par transfert ou subrogation a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport.

---

232 Comme indiqué dans la note 35 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on a maintenu entre crochets les mots "[ni conformément au contrat de transport]" en attendant les discussions sur le chapitre 20.

233 La référence au retard a été supprimée suite à l'ajout du paragraphe 2 à l'article 66.

234 Cet ajout semble avoir rendu inutile la formule "ou lié aux marchandises".

235 Il est proposé que la déchéance du droit de limiter sa responsabilité pour le préjudice causé par un retard soit traitée séparément du paragraphe 1. Le paragraphe 2 a été ajouté à cette fin.

236 Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations et des corrections sont proposées.

237 La variante A se fonde sur le texte initial du projet de convention, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21. Les modifications apportées au texte initial, en particulier la fusion des alinéas c) et d) et le déplacement de la dernière phrase de l'article pour en faire un paragraphe distinct (numéroté 2) ne changent en rien le fond et sont uniquement des corrections de forme pour éviter toute ambiguïté éventuelle dans le texte initial.

2. En cas de transmission de droits d'action par transfert ou subrogation conformément à l'alinéa c) du paragraphe 1, le transporteur et la partie exécutante peuvent opposer à ce tiers toutes les exonérations et limites de responsabilité dont ils peuvent se prévaloir en vertu du contrat de transport et de la présente Convention[238].

Variante B

Tout droit découlant d'un contrat de transport ou attaché à celui-ci peut être opposé par toute personne ayant un intérêt légitime dans l'exécution d'une obligation quelconque découlant de ce contrat ou attachée à celui-ci, lorsqu'elle a subi une perte ou un dommage[239].

Article 68. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis:

a) Le porteur peut opposer des droits en vertu du contrat de transport au transporteur ou à une partie exécutante, qu'il ait ou non lui-même subi une perte ou un dommage; et[240]

b) Lorsque le demandeur n'est pas le porteur, il doit, outre prouver qu'il a subi une perte ou un dommage résultant d'une violation du contrat de transport, prouver que le porteur n'a pas subi la perte ou le dommage faisant l'objet de la demande[241].

---

238 Comme indiqué dans la note 210 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, bien que l'idée de supprimer le projet d'article 67 ait été largement appuyée, le Groupe de travail a décidé de ne pas se prononcer sur cette disposition avant d'avoir achevé la lecture des projets d'articles et examiné de façon plus approfondie le champ d'application du projet de convention.

239 Comme indiqué dans la note 211 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le secrétariat a été prié d'établir une variante de cet article consistant en une déclaration générale reconnaissant le droit de toute personne ayant un intérêt légitime dans le contrat de transport d'exercer un droit d'action si elle a subi une perte ou un dommage. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la variante B proposée traite de manière adéquate la situation du transitaire.

240 Comme indiqué dans la note 212 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, bien qu'aucune demande n'ait apparemment été adressée au secrétariat en ce qui concerne le projet d'article 68, d'un point de vue rédactionnel, le libellé pourrait être amélioré comme proposé ici. Il n'est pas certain d'ailleurs que les mots "qu'il ait ou non lui-même subi une perte ou un dommage" soient nécessaires. En fait, si le droit du porteur est reconnu, que celui-ci ait ou non subi une perte ou un dommage, la relation entre ce porteur et la personne ayant subi la perte ou le dommage reste en dehors du champ d'application du projet de convention.

241 Le fait de déplacer l'ancien projet d'article 65 pour en faire le nouvel alinéa b) du projet d'article 68 constitue semble-t-il une amélioration de forme permettant de réunir ces dispositions en un seul et même article.

CHAPITRE 15. DÉLAI POUR AGIR[242]

Article 69. Prescription des actions

Variante A[243]

Le transporteur est dégagé de toute responsabilité prévue dans la présente Convention[244] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an. Le chargeur est dégagé de toute responsabilité prévue au chapitre 8 de la présente Convention si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an[245].

Variante B

[Tous les droits] [Toutes les actions] en vertu de la présente Convention sont [éteints] [prescrites] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an.

Article 70. Point de départ du délai de prescription

Le délai visé à l'article 69 court à partir du jour où le transporteur a achevé la livraison des marchandises concernées conformément à l'article 11-4 ou 11-5 ou, lorsque les marchandises n'ont pas été livrées, à partir du [dernier] jour où elles

---

[242] Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations et des corrections sont proposées.

[243] La variante A repose sur le texte initial du projet de convention qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

[244] Proposition pour aligner la disposition sur le projet d'article 64.

[245] Comme indiqué dans la note 215 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat de placer le mot "un" entre crochets et d'établir une version révisée du projet d'article 69, qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

On a demandé, au paragraphe 166 du document A/CN.9/526, pourquoi l'article parlait de la responsabilité du chargeur prévue uniquement au chapitre 8 du projet de convention et non pas aussi de sa responsabilité au titre d'autres chapitres, comme le chapitre 9, à présent supprimé. Il a également été déclaré que toutes les personnes susceptibles de devoir assumer une responsabilité en vertu du contrat de transport devraient être incluses dans le projet d'article 69. L'idée pourrait être que, si le projet de convention ne régit pas toutes les responsabilités découlant du contrat de transport, par exemple la responsabilité du transporteur pour ne pas avoir chargé les marchandises, il serait peut-être bon que le chapitre 15 s'applique à toutes les responsabilités régies par le projet.

La suggestion, présentée au paragraphe 166 du document A/CN.9/526, d'indiquer simplement que toute action relative à des questions traitées dans le projet de convention est prescrite (ou tout droit éteint) pourrait être une bonne solution.

La question a également été posée, au paragraphe 167 de ce même document, de savoir si l'expiration du délai emporte l'extinction du droit ou la prescription de l'action. L'expiration du délai entraîne l'extinction du droit dans les Règles de La Haye-Visby (art. III-3), la COTIF-CIM (art. 47), la Convention de Varsovie (art. 29) et probablement la CMR (art. 32). Elle entraîne la prescription de l'action dans les Règles de Hambourg (art. 20), la Convention multimodale de 1980 (art. 25), la CMNI (art. 24) et la Convention de Montréal (art. 35). Il serait peut-être souhaitable que, pour l'heure, ces deux conséquences soient envisagées. C'est pourquoi un texte prévoyant l'une ou l'autre a été proposé dans la variante B.

auraient dû l'être. Le jour indiqué comme point de départ du délai n'est pas compris dans le délai[246].

Article 71. Prorogation du délai de prescription

La personne contre laquelle une demande est formée peut à tout moment pendant le délai de prescription prolonger ce délai par une déclaration adressée au demandeur. Le délai peut être de nouveau prolongé par une ou plusieurs autres déclarations.

Article 72. Action récursoire

Une action récursoire d'une personne tenue responsable en vertu de la présente Convention peut être exercée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est:

a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État[247] où la procédure est engagée; ou

b) Variante A de l'alinéa b)[248]

dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui exerce l'action récursoire a soit:

i) réglé la créance; soit

ii) elle-même reçu signification de l'assignation.

Variante B de l'alinéa b)

dans les 90 jours à compter de la date à laquelle soit:

---

[246] Comme indiqué dans la note 216 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat de conserver le texte du projet d'article 70 et d'envisager d'élaborer éventuellement des variantes reflétant les opinions exprimées.

On a dit, au paragraphe 170 du document A/CN.9/526, que la date de livraison prévue "dans le contrat de transport" pouvant être bien antérieure à la date de la livraison effective, il valait mieux prendre cette dernière comme point de référence. Toutefois, on a fait observer que la livraison pouvait être retardée unilatéralement par le destinataire. Le texte fait référence au jour "où le transporteur a achevé la livraison", soit le jour de la livraison effective.

Des réserves ont également été émises, au paragraphe 171 du même document, au sujet du choix comme point de départ du délai pour agir, en cas de non-livraison des marchandises, du dernier jour où celles-ci auraient dû être livrées. Il risque d'être difficile de trouver une variante et en tout état de cause, lorsque les marchandises n'ont pas été livrées, le "dernier jour" est encore plus difficile à établir. Il est proposé de supprimer ces mots.

On a aussi dit, au paragraphe 172 de ce même document, qu'un demandeur pouvait attendre pour engager une action que le délai pour agir ait pratiquement expiré, de façon à se prémunir contre toute demande reconventionnelle puisque celle-ci serait tardive. On a suggéré, pour résoudre ce problème, que les dispositions de l'article 72 b) ii), comme noté au paragraphe 172, ou un autre article du projet de convention traitent des demandes reconventionnelles. Voir *infra*, proposition pour le projet d'article 73.

[247] Le mot "jurisdiction" a été employé en anglais à la place de "state" pour tenir compte des États fédéraux.

[248] La variante A se fonde sur le texte initial du projet de convention qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21.

i) la personne qui exerce l'action récursoire a réglé la créance; soit

ii) un jugement définitif qui n'est pas susceptible d'autres recours a été rendu contre la personne qui exerce l'action récursoire[249];

le délai le plus long étant retenu.

Article 73. Demandes reconventionnelles

Une demande reconventionnelle d'une personne tenue responsable en vertu de la présente Convention peut être formée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui forme la demande reconventionnelle a elle-même reçu signification de l'assignation[250].

Article 74. Actions contre l'affréteur coque nue

[Si le propriétaire inscrit d'un navire réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu de l'article 40-3, une action contre l'affréteur coque nue peut être intentée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est:

a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État[251] où la procédure est engagée; ou

b) Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle le propriétaire inscrit [à la fois

i) prouve que le navire faisait l'objet d'un affrètement coque nue au moment du transport; et]

[ii]] identifie de façon appropriée l'affréteur coque nue.][252]

---

[249] Comme indiqué dans la note 219 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 72 qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

Il a été noté, au paragraphe 176 du document A/CN.9/526, que, dans certains pays de tradition romano-germanique, il n'était pas possible d'engager une action récursoire tant qu'il n'avait pas été définitivement statué sur l'affaire, et il a été suggéré d'ajuster le délai de 90 jours de sorte qu'il commence à courir à la date de prise d'effet du jugement. Un libellé prévoyant que le délai de 90 jours devrait commencer à courir à la date à laquelle le jugement contre la personne exerçant l'action récursoire deviendrait définitif et insusceptible de recours a été proposé. Ces propositions sont reflétées dans la variante B.

[250] Comme indiqué dans la note 220 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, il a été rappelé, au paragraphe 177 du document A/CN.9/526, que la possibilité de former des demandes reconventionnelles devrait être prévue soit à l'article 72 b) ii) soit dans un article distinct, auquel cas la solution retenue devrait toutefois être analogue à celle de l'article 72 b) ii). Les demandes reconventionnelles sont traitées dans une disposition distincte, à savoir le projet d'article 73.

[251] Voir *supra*, note 572.

[252] Comme indiqué dans la note 221 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 74 qui tienne dûment compte des opinions exprimées. Il a également été noté que, ayant demandé au secrétariat de maintenir le projet d'article 40-3 entre crochets, le Groupe de travail lui a également demandé de maintenir entre crochets le projet d'article 74 étant donné que le sort de ce deuxième article était lié à celui du premier.

le délai le plus long étant retenu.

CHAPITRE 16. COMPÉTENCE

Article 75. Actions contre le transporteur[253]

Dans une procédure judiciaire contre le transporteur[254] relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention, le demandeur[255] peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal d'un État contractant qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile du défendeur[256];

b) Le lieu contractuel de réception ou le lieu contractuel de livraison[257];

[c) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire; ou Le port où les marchandises sont finalement déchargées d'un navire;]

d) Tout autre lieu [désigné] [convenu][258] à cette fin dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport[259].

[Article 76. Conventions attributives de juridiction exclusive[260]

1. Si le chargeur et le transporteur conviennent que les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sont compétents pour trancher les litiges nés ou pouvant naître dans le cadre de la présente Convention, ce ou ces tribunaux sont compétents. Cette compétence est exclusive, à condition que la convention attributive de juridiction:

La crainte a été exprimée, au paragraphe 180 du document A/CN.9/526, que le délai de 90 jours ne soit pas utile si la personne ayant droit aux marchandises avait des difficultés à identifier le transporteur. On pense que ce problème est réglé par l'alinéa b) ii).

Il a également été suggéré de fusionner les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa b), car la condition posée au sous-alinéa ii) pouvait être considérée comme suffisamment rigoureuse pour englober celle posée au sous-alinéa i). Un texte révisé est proposé.

253 Texte tel qu'il figure au paragraphe 111 du document A/CN.9/576, révisé comme proposé et précédemment approuvé.

254 Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 114 du document A/CN.9/576.

255 Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 114 du document A/CN.9/576.

256 Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 116 du document A/CN.9/576.

257 Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 120 du document A/CN.9/576.

258 Texte tel qu'il a été convenu pour la suite des débats au paragraphe 124 du document A/CN.9/576.

259 Comme indiqué au paragraphe 124 du document A/CN.9/576, il faudrait examiner plus avant la question de la situation des tiers dans cette disposition et de la relation avec les clauses attributives de juridiction.

260 Conformément à la demande exprimée au paragraphe 168 du document A/CN.9/576, ce projet d'article sur les conventions attributives de juridiction de compétence exclusive a été préparé pour examen par le Groupe de travail.

a) Soit constatée par écrit ou par une communication électronique;

b) Indique clairement le nom et le lieu du ou des tribunaux choisis ainsi que le nom et l'adresse des parties; et

c) Prévoie expressément que la compétence du ou des tribunaux choisis est exclusive[261].

2. Lorsqu'un for exclusif est convenu conformément au paragraphe 1, le chargeur et le transporteur peuvent aussi convenir expressément que le choix de ce for exclusif s'impose à toute autre personne qui engage une action dans le cadre de la présente Convention à condition que[262]:

Variante A de l'alinéa a)

a) Cette convention soit incluse dans les données du contrat [ou incorporée par référence dans le document de transport ou dans l'enregistrement électronique concernant le transport]; et

Variante B de l'alinéa a)

a) Cette personne soit dûment avisée du lieu où l'action peut être intentée; et

Variante C de l'alinéa a)[263]

a) Cette personne accepte expressément cette convention et que cette acceptation satisfasse aux exigences de l'article 95- 6 b); et

b) Le for soit l'un des lieux mentionnés à l'article 75 a), b) ou c).]

Article 77. Actions contre la partie exécutante maritime[264]

Dans une procédure judiciaire contre la partie exécutante maritime relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal d'un État contractant qui est compétent au regard de la loi de l'État dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se retrouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile de la partie exécutante maritime;

b) Le lieu de réception [initiale] des marchandises par la partie exécutante maritime; et le lieu de livraison [finale] des marchandises par la partie exécutante maritime.

---

261 Texte suggéré pour satisfaire aux conditions proposées au paragraphe 161 du document A/CN.9/576. Si cette approche est retenue, cette disposition devrait être ajoutée à la liste des avis figurant au projet d'article 3 et le projet d'article 75 e) pourrait être supprimé.

262 Texte suggéré pour satisfaire aux conditions proposées au paragraphe 164 du document A/CN.9/576. Si cette approche n'est pas retenue, cette disposition devrait être supprimée de la liste des avis figurant au projet d'article 3.

263 Cette variante signifie que le tiers doit expressément accepter d'être lié par la clause attributive, ce qui s'apparente au consentement requis au projet d'article 95-6 b).

264 Texte tel qu'il figurait au paragraphe 125 du document A/CN.9/576, modifié comme proposé et précédemment approuvé.

Article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires

Sous réserve de l'article 80, aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention ne peut être engagée en un lieu autre que ceux désignés à l'article 75 ou 77[265].

Article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires[266]

1. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur la compétence en ce qui concerne:

a) La saisie conservatoire [conformément aux règles applicables du droit international [ou du droit de l'État du for]]; ou

b) Les mesures provisoires ou conservatoires.

[2. Aux fins du présent article, le terme "mesures provisoires ou conservatoires" désigne:

a) Les mesures visant la sauvegarde, la garde provisoire ou la vente de toutes marchandises faisant l'objet du litige; ou

b) Une mesure visant à garantir le montant en litige; ou

c) Une mesure visant la désignation d'un administrateur; ou

d) Toutes autres mesures visant à empêcher qu'une décision judiciaire ou une sentence arbitrale ne puisse être mises à exécution du fait de la dispersion des biens par l'autre partie; ou

e) Une injonction provisoire ou autre mesure provisoire.][267]

---

[265] Afin de répondre aux préoccupations exprimées au paragraphe 42 du document A/CN.9/576, et pour clarifier les choses, il est proposé que la première phrase de l'ancien projet d'article 74 fasse l'objet d'un article distinct (numéroté 78) et que la saisie et les mesures provisoires ou conservatoires soient traitées dans le même article, comme cela est proposé dans le projet d'article 79.

[266] Modifications proposées au texte figurant au paragraphe 130 du document A/CN.9/576, comme convenu au paragraphe 136 de ce même document pour la suite des débats.

[267] Modifications apportées au texte comme convenu pour la suite des discussions au paragraphe 142 du document A/CN.9/576.

Article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance

Variante A du paragraphe 1[268]

[1. Toute action visant à la fois le transporteur et la partie exécutante maritime pour le même fait doit être intentée dans un des lieux spécifiés à l'article 77, que ce lieu soit ou non spécifié à l'article 75.][269]

Variante B du paragraphe 1

[1. Toute action visant à la fois le transporteur et la partie exécutante maritime pour le même fait doit être intentée dans un lieu désigné à la fois à l'article 75 et à l'article 77. Si aucun lieu n'est spécifié dans les deux articles à la fois, cette action doit être intentée dans un des lieux désignés à l'article 77.][270]

Variante C du paragraphe 1[271]

[1. Si le titulaire d'un droit sur les marchandises intente des actions *in solidum* contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime, il doit le faire en l'un des lieux mentionnés à l'article 77, où des actions contre la partie exécutante maritime peuvent être intentées.]

2. Si le transporteur ou une partie exécutante maritime intente une action en vertu de la présente Convention, il ou elle, à la demande du défendeur, doit renoncer à cette action et la réintroduire dans l'un des lieux désignés à l'article 75 ou 77, selon le cas, au choix du défendeur[272].

Article 81. Convention après la survenue du litige[273]

Nonobstant les articles précédents du présent chapitre, une convention attributive de juridiction conclue par les parties au litige né du contrat de transport après la survenue de ce litige est valable[274].

---

[268] La variante C de ce paragraphe correspond au texte convenu pour la suite des débats dans le paragraphe 149 du document A/CN.9/576. Les variantes A et B constitueraient une proposition d'amélioration offrant deux approches possibles entre lesquelles le Groupe de travail pourrait choisir. Selon la variante B, pour déterminer où intenter une action visant à la fois le transporteur et la partie maritime exécutante, il faut se reporter d'abord à un des lieux désignés dans les articles 74 et 76 et seulement après au lieu désigné uniquement à l'article 76. Selon la variante A, l'action ne peut être engagée que dans un lieu désigné à l'article 76, que ce lieu soit ou non mentionné à l'article 74.

[269] Le Groupe de travail notera peut-être que cette approche peut poser des problèmes dans les cas où l'action vise plusieurs parties exécutantes maritimes ou lorsque aucun des lieux désignés à l'article 77 ne se trouve dans un État contractant.

[270] Ibid.

[271] Texte convenu pour la suite des débats au paragraphe 149 du document A/CN.9/576.

[272] Texte convenu pour la suite des débats au paragraphe 152 du document A/CN.9/576, avec propositions de modification. Comme il est noté dans ce paragraphe, il faudrait envisager de limiter l'application de cette disposition aux actions en jugement déclaratif intentées par le transporteur ou par la partie exécutante maritime.

[273] Texte tiré de la variante A du document A/CN.9/WG.III/WP.32.

[274] Texte convenu pour la suite des débats au paragraphe 171 du document A/CN.9/576.

CHAPITRE 17. ARBITRAGE[275]

Variante A

Article 82

Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique la présente Convention doit être soumis à l'arbitrage.

Article 83

Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doit figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporé par référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution doivent être soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport.

Article 84

La procédure d'arbitrage doit être engagée, au choix du demandeur:

a) Soit en un lieu sur le territoire d'un État dans lequel est situé:

i) l'établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou

[ii) le lieu où le contrat de transport a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou]

iii) le lieu où le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises à transporter ou le lieu de livraison;

b) Soit en tout autre lieu désigné à cette fin par la clause ou le pacte compromissoire.

---

[275] Comme indiqué au paragraphe 179 du document A/CN.9/576, le Groupe de travail a décidé qu'un nouveau projet de ce chapitre lui serait présenté pour examen à une prochaine session, ce qui devrait être fait en principe à sa seizième session. Comme indiqué dans la note 225 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, la variante A du chapitre 16 reproduit intégralement les dispositions des Règles de Hambourg, tandis que la variante B omet les dispositions dont le Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime a proposé la suppression.

Article 85

L'arbitre ou le tribunal arbitral doit appliquer les règles de la présente Convention.

Article 85 *bis*

Les articles 83 et 84 sont réputés inclus dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.

Article 86

Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.

Variante B

Article 82

Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au contrat de transport auquel s'applique la présente Convention doit être soumis à l'arbitrage.

Article 83

Si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doit figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporé par référence. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution doivent être soumis à l'arbitrage et qu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport[276].

Article 84[277]

---

[276] Comme indiqué dans la note 227 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le texte modifié du projet d'article 83 sur l'arbitrage dans la variante B ne reproduit pas l'article 22-2 des Règles de Hambourg, jugé trop spécifique.

[277] Comme indiqué dans la note 228 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, afin que la variante B rende compte exactement des délibérations du Sous-Comité international du CMI sur l'uniformité du droit du transport maritime, cet article a été supprimé. Le CMI n'a pris aucune décision concernant une disposition de remplacement appropriée. (Voir *Yearbook* 1999, p. 113 et, pour plus de détails, *Yearbook* 1997, p. 350 à 356, du CMI.)

Article 85

L'arbitre ou le tribunal arbitral doit appliquer les règles de la présente Convention.

Article 86

Aucune disposition du présent chapitre n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport.

CHAPITRE 18. AVARIES COMMUNES[278]

Article 87. Dispositions sur les avaries communes

Aucune disposition de la présente Convention ne s'oppose à l'application des dispositions du contrat de transport ou de la législation nationale relatives au règlement des avaries communes.

Article 88. Contribution aux avaries communes

1. [À l'exception du chapitre relatif au délai pour agir], les dispositions de la présente Convention qui régissent la responsabilité du transporteur pour perte ou dommage subi par les marchandises déterminent également si le destinataire peut refuser de contribuer aux avaries communes et si le transporteur est tenu d'indemniser le destinataire de sa contribution éventuelle aux avaries communes ou aux frais de sauvetage.

2. [Toutes les actions en] [Tous les droits à] contribution aux avaries communes sont [prescrites] [éteints] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un an] à compter de la date d'émission du règlement d'avarie commune[279].

---

[278] Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, avec propositions d'amélioration.

[279] Comme indiqué dans la note 230 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a estimé qu'il fallait indiquer plus clairement que les dispositions du projet de convention relatives au délai pour agir ne s'appliquent pas aux avaries communes. Étant donné que le paragraphe 1 prévoit que les dispositions régissant la responsabilité du transporteur déterminent si le destinataire peut refuser de contribuer aux avaries communes et si le transporteur est tenu de l'indemniser, la référence aux dispositions sur le délai pour agir prête à confusion. Il est proposé de la supprimer, en particulier si une disposition spécifique sur le délai pour agir est ajoutée.

Comme il est également suggéré au paragraphe 188 du document A/CN.9/526, une disposition distincte pourrait être consacrée au délai pour agir en cas de litige concernant la contribution aux avaries communes et prévoir, par exemple, que ce délai commencerait à courir à compter de l'émission du règlement d'avarie. Un texte a été élaboré et ajouté à la fin du paragraphe 2. Cette disposition devrait probablement couvrir à la fois les demandes en contribution et les demandes d'indemnisation.

Au paragraphe 189 du document A/CN.9/526, il a été demandé si le paragraphe 1 devrait aussi inclure la responsabilité pour les pertes dues à un retard et aux surestaries. Le Groupe de travail ne semble avoir pris aucune décision à ce sujet.

CHAPITRE 19. AUTRES CONVENTIONS[280]

Article 89. Instruments internationaux régissant d'autres modes de transport

Sous réserve de l'article 92, aucune disposition de la présente Convention n'interdit à un État contractant d'appliquer un autre instrument international qui est déjà en vigueur à la date de la présente Convention et qui s'applique à titre obligatoire à des contrats de transport de marchandises effectué essentiellement par un mode de transport autre que le transport par mer[281].

Article 90. Préséance sur des conventions antérieures

[Dans les relations entre ses parties, la présente Convention l'emporte sur les dispositions] [Sous réserve de l'article 102, la présente Convention l'emporte dans les relations entre ses parties sur les dispositions][282] d'une convention antérieure à laquelle celles-ci peuvent être parties [qui sont incompatibles avec ses propres dispositions][283].

Article 91. Limitation globale de la responsabilité

La présente Convention ne modifie aucunement les droits ou obligations du transporteur ou de la partie exécutante prévus dans les conventions internationales ou la législation nationale régissant la limitation de la responsabilité liée à l'exploitation de navires.

Article 92. Autres dispositions sur le transport de passagers et de bagages

La présente Convention ne fait naître aucune responsabilité à raison d'une perte, d'un dommage ou d'un retard à la livraison subi par des bagages pour lesquels le transporteur est responsable en vertu d'une convention ou d'une législation nationale relative au transport des passagers et de leurs bagages.

---

[280] Texte initial du chapitre tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, avec propositions d'améliorations.

[281] Comme indiqué dans la note 231 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, à propos du projet d'article 27 et des discussions sur la relation du projet de convention avec d'autres conventions régissant les transports et avec la législation interne, le secrétariat a reçu pour instruction, aux paragraphes 247 et 250 du document A/CN.9/526, d'établir une disposition sur le conflit de conventions qui pourrait être insérée au chapitre 19. Cette disposition ne devrait pas remettre en question la proposition mentionnée dans la note suivante mais devrait au contraire la compléter. Le libellé de ce nouveau projet d'article 89 est inspiré de l'article 25-5 des Règles de Hambourg.

[282] Variante proposée.

[283] Comme indiqué dans la note 232 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, l'avis, présenté au paragraphe 196 du document A/CN.9/526, selon lequel il serait utile de modifier le projet d'article 91 pour y préciser que le projet de convention l'emporterait sur les autres conventions concernant les transports sauf à l'égard des États qui ne sont pas Parties à la Convention est conforme aux dispositions de l'article 30-4 de la Convention de Vienne. Il est proposé toutefois d'insérer cette nouvelle disposition dans un article distinct plutôt que dans l'actuel projet d'article 91, qui aborde un autre problème plus spécifique et le règle d'une manière tout à fait différente. Cette nouvelle disposition figure dans le projet d'article 90.

Article 93. Autres dispositions sur les dommages causés par un accident nucléaire

La présente Convention ne fait naître aucune responsabilité à raison d'un dommage causé par un accident nucléaire si l'exploitant d'une installation nucléaire est responsable de ce dommage:

a) En application de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle qu'elle a été modifiée par son Protocole additionnel du 28 janvier 1964, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 21 mai 1963, telle qu'elle a été modifiée par le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris du 21 septembre 1988 et telle qu'elle a été modifiée par le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 12 septembre 1997, ou de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires du 12 septembre 1997[284], ou

b) En vertu de la législation nationale régissant la responsabilité de ces dommages, à condition toutefois que ladite législation soit à tous égards aussi favorable pour les personnes pouvant être lésées par de tels dommages que la Convention de Paris ou la Convention de Vienne ou encore la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires[285].

CHAPITRE 20. VALIDITÉ DES CLAUSES CONTRACTUELLES

Article 94. Dispositions générales

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause est nulle si:

a) Elle exclut ou limite directement ou indirectement les obligations du transporteur ou d'une partie exécutante maritime prévues dans la présente Convention;

---

[284] Afin de tenir compte des modifications qui seront apportées à ces instruments ou des nouveaux instruments qui seront négociés dans l'avenir, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité d'ajouter les mots "y compris tout amendement à ces instruments et tout instrument futur concernant la responsabilité des exploitants d'installations nucléaires pour les dommages causés par un accident nucléaire" ou de prévoir une procédure simple d'amendement tacite limitée à cette disposition qui pourrait être engagée par le dépositaire.

[285] Comme indiqué dans la note 235 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'actualiser la liste des conventions et instruments figurant dans le projet d'article 93 et d'établir une version révisée de cet article qui tienne dûment compte des opinions exprimées.

Au paragraphe 200 du document A/CN.9/526, on a expliqué que la liste des conventions figurant dans le projet d'article 89 n'était pas complète. Le Protocole de 1998 portant modification de la Convention de Vienne de 1963 a été mentionné.

Comme indiqué au paragraphe 201 du même document, il a été déclaré que d'autres conventions traitant de la responsabilité pourraient être ajoutées à celles énumérées dans l'article 93, par exemple les conventions concernant la pollution et les accidents. Des objections ont toutefois été soulevées à ce propos. Il est donc suggéré que l'actualisation proposée au paragraphe 202 du document A/CN.9/526 ne concerne que les conventions portant sur les dommages nucléaires.

b) Elle exclut ou limite directement ou indirectement la responsabilité du transporteur ou d'une partie exécutante maritime pour violation d'une obligation prévue dans la présente Convention;

c) Elle cède au transporteur ou à une personne mentionnée à l'article 19 le bénéfice de l'assurance des marchandises[286].

[2. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause est nulle si:

a) Elle exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement les obligations, prévues au chapitre 8, du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 34; ou

b) Elle exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement la responsabilité du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 34 pour violation de leurs obligations prévues au chapitre 8.][287]

Article 95. Règles spéciales pour les contrats de tonnage[288]

1. Nonobstant l'article 94, si les clauses d'un contrat de tonnage sont soumises à la présente Convention en vertu de l'article 9-3 b), le contrat de tonnage peut prévoir des devoirs, droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans la présente Convention à condition que le contrat [soit accepté par écrit ou électroniquement], énonce clairement qu'il déroge à la présente Convention, et:

a) Soit négocié individuellement; ou

b) Indique clairement lesquelles de ses sections contiennent les dérogations[289].

2. Une dérogation en vertu du paragraphe 1 doit être énoncée dans le contrat et ne peut être incorporée dans ce contrat par référence à un autre document[290].

3. Un [barème public de prix et de services d'un transporteur,] document de transport, enregistrement électronique concernant le transport ou document similaire n'est pas un contrat de tonnage au regard du paragraphe 1, mais un contrat de tonnage peut incorporer ces documents par référence en tant que clauses contractuelles[291].

4. Le droit de dérogation prévu au présent article s'applique aux clauses qui régissent les expéditions effectuées dans le cadre du contrat de tonnage dans la

---

[286] Tel qu'approuvé pour la suite des débats au paragraphe 77 du document A/CN.9/576.

[287] Tel qu'approuvé pour la suite des débats au paragraphe 85 du document A/CN.9/576, après examen des obligations du chargeur au chapitre 8.

[288] Texte tel qu'il figure au paragraphe 52 du document A/CN.9/576.

[289] Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 85 du document A/CN.9/576.

[290] Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 89 du document A/CN.9/576.

[291] Comme indiqué au paragraphe 89 du document A/CN.9/576, il a été décidé de conserver ce paragraphe dans le texte en vue de la poursuite de la discussion.

mesure où ces clauses sont soumises à la présente Convention en vertu de l'article 9-3 a)[292].

5. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Aux obligations énoncées à l'article 16-1 a) et b) [ni à la responsabilité découlant de leur violation ou à la limitation de cette responsabilité];

[b] Aux droits et obligations énoncés aux articles [66], [28], [29], [30] et [33] [ni à la responsabilité découlant de leur violation]][293].

6. Le paragraphe 1 s'applique:

a) Entre le transporteur et le chargeur;

b) Entre le transporteur et toute autre partie qui a expressément consenti [par écrit ou électroniquement] à être liée par les clauses du contrat de tonnage qui dérogent à la présente Convention. [Le consentement exprès doit démontrer que la partie consentante a reçu un avis qui indique clairement que le contrat de tonnage déroge à la présente Convention et le consentement n'est pas exprimé dans un [barème public de prix et de services d'un transporteur,] document de transport, ou un enregistrement électronique concernant le transport. Il incombe au transporteur de prouver que les conditions de dérogation ont été remplies.][294]

Article 96. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises[295]

Nonobstant les chapitres 5 et 6 de la présente Convention et les obligations du transporteur[296], les clauses du contrat de transport peuvent exclure ou limiter la responsabilité à la fois du transporteur et d'une partie exécutante maritime si:

a) Les marchandises sont des animaux vivants sauf lorsqu'il est prouvé que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un acte ou d'une omission que le transporteur [ou une personne mentionnée à l'article 19] ou une partie exécutante maritime[297] a commis témérairement en sachant que cette perte, ce dommage ou ce retard en résulterait probablement; ou

---

[292] Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 92 du document A/CN.9/576.

[293] Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 99 du document A/CN.9/576, compte tenu des propositions d'insérer d'autres articles du projet de convention et les dispositions du projet sur la compétence et l'arbitrage; la clarification de la relation entre le projet d'article 95-5 et les autres paragraphes du projet d'article 94, ainsi qu'avec les dispositions d'autres instruments internationaux sur les transports, et la possibilité d'insérer dans le projet d'article 95-5 une référence à la responsabilité pour comportement intentionnel ou téméraire devraient être examinées plus avant.

[294] Tel qu'approuvé pour la suite du débat au paragraphe 104 du document A/CN.9/576. La proposition d'insérer un renvoi aux paragraphes 1 à 5 du projet d'article 95 dans le chapeau du projet d'article 95-6 devrait être examinée.

[295] Texte tel qu'il figure au paragraphe 52 du document A/CN.9/576.

[296] Tel qu'approuvé pour la suite des discussions aux paragraphes 106 et 109 du document A/CN.9/576.

[297] Tel qu'approuvé pour la suite des discussions aux paragraphes 107 et 109 du document A/CN.9/576.

b) Le caractère ou la condition des marchandises ou les circonstances et conditions dans lesquelles le transport doit se faire sont de nature à justifier raisonnablement une convention spéciale, pour autant que des expéditions commerciales ordinaires faites au cours d'opérations commerciales ordinaires ne soient pas concernées et qu'aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport ne soit émis pour le transport des marchandises.

CHAPITRE 21. CLAUSES FINALES

Article 97. Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention[298].

Article 98. Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États [à [...] du [...] au [...] puis] au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du […] au […].

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies[299].

Article 99. Réserves

Aucune réserve à la présente Convention n'est autorisée[300].

Article 100. Effet dans les unités territoriales nationales

1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

---

298 Texte tiré de l'article 15 du projet de convention sur les contrats électroniques et de l'article 27 des Règles de Hambourg.

299 Texte tiré de l'article 16 du projet de convention sur les contrats électroniques.

300 Texte inspiré de l'article 22 du projet de convention sur les contrats électroniques et de l'article 29 des Règles de Hambourg.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État[301].

Article 101. Entrée en vigueur

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai [d'un an] [de six mois] à compter de la date du dépôt du [vingtième] [troisième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout État qui deviendra État contractant à la présente Convention après la date du dépôt du [vingtième] [troisième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai [d'un an] [de six mois] à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit État.

3. Chaque État contractant doit appliquer les dispositions de la présente Convention aux contrats de transport qui seront conclus à partir de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard[302].

Article 102. Dénonciation d'autres conventions

1. Tout État qui ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère et qui est partie à l'un des instruments suivants ou à tous doit en même temps dénoncer, selon le cas, les accords internationaux concernés à cet effet: la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924; le Protocole, signé le 23 février 1968, portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924; et le Protocole signé à Bruxelles le 21 décembre 1979 portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, telle qu'amendée par le Protocole de modification du 23 février 1968; ou encore la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, conclue à Hambourg le 31 mars 1978.

---

301 Texte tiré de l'article 18 du projet de convention sur les contrats électroniques. Voir aussi l'article 52 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 16 novembre 2001.)

302 Texte tiré de l'article 30 des Règles de Hambourg. Il est à noter que le second délai proposé entre crochets est tiré de l'article 23 du projet de convention sur les contrats électroniques. Le délai choisi pour l'entrée en vigueur, qui est fonction à la fois du nombre de ratifications requis et du délai requis après le dépôt de l'instrument approprié, est généralement le délai considéré comme suffisant pour permettre aux milieux d'affaires pour s'adapter au nouveau régime.

2. Aux fins du présent article, les ratifications, acceptations, approbations et adhésions effectuées à l'égard de la présente Convention par des États parties aux instruments énumérés au paragraphe 1 ne prendront effet qu'à la date à laquelle les dénonciations éventuellement requises de la part desdits États pour ces instruments auront elles-mêmes pris effet. Le dépositaire de la présente Convention doit s'entendre avec le Gouvernement belge, dépositaire des autres conventions, pour assurer la coordination nécessaire à cet égard[303].

Article 103. Révision et amendements

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire doit convoquer une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée[304].

---

[303] Texte tiré de l'article 99-3 et 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Voir aussi l'article 31 des Règles de Hambourg et l'article 55 de la Convention de Montréal. L'approche suivie dans cette dernière n'exige pas de dénonciation formelle des autres conventions mais considère que la Convention de Montréal prévaut dans les relations entre les États qui sont également parties aux autres conventions. De ce fait, le régime en place entre un État contractant de la nouvelle convention en question et un État non contractant continuerait de s'appliquer même après l'entrée en vigueur de la nouvelle convention et jusqu'à ce que les deux États deviennent États contractants à la nouvelle convention.

[304] Texte tiré de l'article 32 des Règles de Hambourg. Les procédures d'amendement sont peu fréquentes dans les textes de la CNUDCI. Les Règles de Hambourg énoncent cependant une disposition générale, dans leur article 32, et une disposition spéciale, dans leur article 33, pour la révision des montants de limitation et de l'unité de compte. Dans le projet de convention sur les contrats électroniques, la Commission a décidé de ne pas insérer de disposition sur les amendements du fait que les États parties à la Convention peuvent engager une procédure d'amendement conformément au droit général des traités (le plus souvent, avec une conférence diplomatique et un protocole portant modification, comme dans le cas de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée par le Protocole du 11 avril 1980, New York, 14 juin 1974), lorsque cela est possible, après discussion au sein de la Commission. Il est à noter que les dispositions des projets d'articles 25 et 103 sur les amendements peuvent être adoptées indépendamment.

Article 104. Modification des limites[305]

1. Sans préjudice de l'article 103, la procédure spéciale définie dans le présent article s'applique uniquement aux fins de modifier les limites fixées à l'article 64-1 de la présente Convention.

2. À la demande d'au moins [un quart[306]] des États contractants à la présente Convention[307], le dépositaire doit communiquer toute proposition visant à modifier les limites prévues à l'article 64-1 de la présente Convention à tous les États contractants[308] et doit réunir un comité composé d'un représentant de chaque État contractant en vue d'examiner la modification proposée.

3. La réunion du comité doit se tenir en même temps et au même endroit que la prochaine session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

4. Les amendements doivent être adoptés par le comité à la majorité des deux tiers de ses membres présents et votants[309].

5. Lorsqu'il se prononce sur une proposition visant à modifier les limites, le Comité doit tenir compte de l'expérience acquise en matière d'événements et, en

---

[305] Texte tel qu'il figure au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises. Comme indiqué dans la note 19 de ce document, la présente proposition s'inspire de la procédure de modification énoncée à l'article 23 du Protocole de 2002 à la Convention d'Athènes et à l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (CRET). Des approches similaires ont été adoptées dans un certain nombre de conventions de l'Organisation maritime internationale (OMI), comme le Protocole de 1992 portant modification de la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, le Protocole de 1992 portant modification de la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, le Protocole de 2003 à la Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (pas encore entré en vigueur), le Protocole de 1996 portant modification de la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes et la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses.

[306] Comme indiqué dans la note 21 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-2 du Protocole à la Convention d'Athènes fait mention de "la moitié" et non d'"un quart" des États parties.

[307] Comme indiqué dans la note 22 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-2 du Protocole à la Convention d'Athènes inclut le membre de phrase "et, en tout cas, d'un minimum de six" des États parties.

[308] Comme indiqué dans la note 24 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-2 du Protocole à la Convention d'Athènes fait également référence aux membres de l'Organisation maritime internationale.

[309] Comme indiqué dans la note 25 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 23-5 du Protocole à la Convention d'Athènes est libellé comme suit: "Les amendements sont adoptés à la majorité des deux tiers des États parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, présents et votants au sein du Comité juridique ... à condition que la moitié au moins des États parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, soient présents au moment du vote."

particulier, du montant des dommages en résultant, des fluctuations de la valeur des monnaies et de l'incidence de l'amendement proposé sur le coût des assurances[310].

6. a) Aucun amendement visant à modifier les limites en vertu du présent article ne peut être examiné avant l'expiration d'un délai de [cinq[311]] ans à compter de la date à laquelle la présente Convention a été ouverte à la signature, ni d'un délai de [cinq] ans à compter de la date d'entrée en vigueur d'un amendement antérieur adopté en vertu du présent article;

b) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant à la limite fixée dans la présente Convention majorée de [6] % par an, en intérêt composé, à compter de la date à laquelle la présente Convention a été ouverte à la signature[312];

c) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant au [triple] de la limite fixée dans la présente Convention[313].

7. Tout amendement adopté conformément au paragraphe 4 doit être notifié par le dépositaire à tous les États contractants. L'amendement est réputé avoir été accepté à l'expiration d'un délai de [dix-huit[314]] mois après la date de sa notification, à moins que, durant cette période, [un quart[315]] au moins des États qui étaient des États contractants au moment de l'adoption de l'amendement ne fassent savoir au dépositaire qu'ils ne l'acceptent pas, auquel cas l'amendement est rejeté et n'a pas d'effet.

---

[310] Comme indiqué dans la note 26 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, cette disposition est reprise de l'article 23-6 du Protocole à la Convention d'Athènes. Voir, également, l'article 24-4 de la CRET.

[311] Comme indiqué dans la note 27 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, les paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 proposent un délai, pour ce projet de paragraphe, de sept ans, et non de cinq.

[312] Comme indiqué dans la note 28 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on ne trouve aucune disposition similaire dans la CRET. On pourrait aussi adopter, comme proposé aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant correspondant à la limite fixée dans la présente Convention augmentée ou diminuée de 21 % en une seule fois."

[313] Comme indiqué dans la note 29 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, on ne trouve aucune disposition similaire dans la CRET. On pourrait aussi adopter, comme proposé aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant dépassant, au total, de plus de 100 %, cumulativement, la limite fixée dans la présente Convention."

[314] Comme indiqué dans la note 30 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, les paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 proposent un délai, pour les projets de paragraphes 7, 8 et 10, de douze mois, et non dix-huit.

[315] Comme indiqué dans la note 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, l'article 24-7 de la CRET indique "un tiers au moins des États qui étaient parties".

8. Un amendement réputé avoir été accepté conformément au paragraphe 7 entre en vigueur [dix-huit[316]] mois après son acceptation.

9. Tous les États contractants sont liés par l'amendement, à moins qu'ils ne dénoncent la présente Convention, conformément à l'article 105 six mois au moins avant l'entrée en vigueur de cet amendement. Cette dénonciation prend effet lorsque l'amendement entre en vigueur.

10. Lorsqu'un amendement a été adopté mais que le délai d'acceptation de [dix-huit mois] n'a pas encore expiré, tout État devenant État contractant durant cette période est lié par l'amendement si celui-ci entre en vigueur. Un État qui devient État contractant après expiration de ce délai est lié par tout amendement qui a été accepté conformément au paragraphe 7. Dans les cas visés par le présent paragraphe, un État est lié par un amendement à compter de la date d'entrée en vigueur de l'amendement ou de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, si cette dernière date est postérieure.

Article 105. Dénonciation de la présente Convention

1. Tout État contractant peut à tout moment dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification[317].

FAIT à [...], le [...], en un seul original, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

---

[316] Des conventions récentes de l'OMI ont réduit le délai à douze mois en cas d'extrême urgence. Voir, par exemple, l'article 24-8 du Protocole de 2003 à la Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

[317] Texte tiré de l'article 34 des Règles de Hambourg. La deuxième phrase du paragraphe 2 n'est pas absolument nécessaire mais figure dans les Règles de Hambourg et dans d'autres traités de la CNUDCI, comme le projet de convention sur les contrats électroniques. Elle n'apparaît pas, par exemple, à l'article 27 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire de 2005 (texte le plus récent déposé auprès du Secrétaire général), qui est libellé un peu différemment:

> "1. Tout État partie peut dénoncer la présente Convention par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.
> 2. La dénonciation prendra effet un an après la date à laquelle la notification aura été reçue par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies."

J. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: livraison: informations présentées par la délégation néerlandaise, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.57) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la seizième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement néerlandais a présenté le document joint en annexe afin de faciliter l'étude du chapitre relatif à la livraison dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

La délégation néerlandaise a fait savoir qu'elle avait, de façon informelle, distribué aux autres délégations le texte d'un questionnaire afin de regrouper les avis exprimés en réponse et faciliter ainsi la discussion du chapitre sur la livraison au sein du Groupe de travail.

On trouvera en annexe la traduction de ce questionnaire tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Questionnaire sur la “livraison”

Remarques générales

1. Ce questionnaire informel concerne le chapitre sur la livraison du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Toutefois, comme la livraison marque la fin de la responsabilité du transporteur, les dispositions sur la durée de la responsabilité ont également été incluses. En outre, la question connexe des clauses “franco chargement et déchargement (cargaison arrimée)” (FIO(S)) est abordée. Enfin, à la fin du questionnaire, le problème de la responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de non-respect de leurs obligations en matière de livraison est posé.

2. Dans ce questionnaire, les dispositions sont reprises du document A/CN.9/WG.III/WP.56, qui contient la dernière version consolidée du projet de convention sur laquelle porteront les prochaines discussions de la seizième session du Groupe de travail à Vienne. La numérotation utilisée ici est celle du document précité, qui a été rédigé puis soumis pour traduction et publication. Afin d’éviter toute confusion, l’“ancienne” numérotation du document A/CN.9/WG.III/WP.32 est ajoutée entre parenthèses.

3. **Article 11-1, 2 et 4** (précédemment 7-1, 2 et 3)**. Durée de la responsabilité du transporteur**

> **1. Sous réserve de l’article 12, le transporteur est responsable des marchandises en vertu de la présente Convention entre le moment où le transporteur ou une partie exécutante a reçu celles-ci pour les transporter et le moment où elles sont livrées au destinataire.**
>
> **2. Le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut d’une telle convention, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l’absence d’une telle convention ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de réception des marchandises sont le moment et le lieu auxquels le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde.**
>
> **4. Le moment et le lieu de livraison des marchandises sont le moment et le lieu convenus dans le contrat de transport ou, à défaut d’une telle convention, le moment et le lieu conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l’absence d’une telle convention ou de tels coutumes, pratiques ou usages, le moment et le lieu de livraison sont ceux du déchargement ou débarquement des marchandises du dernier moyen de transport dans lequel elles sont transportées en vertu du contrat de transport.**

4. Il n’est pas aisé de définir la livraison. Si certains pays exigent un acte de réception effective de la part du destinataire, d’autres considèrent comme une livraison le fait de mettre les marchandises à la libre disposition du destinataire, soit effectivement soit par l’intermédiaire de documents, comme un bon de livraison. Il existe à cet égard un grand nombre de variantes possibles. C’est pourquoi le projet

évite de définir la livraison et se contente de déterminer le début et la fin de la durée de responsabilité du transporteur.

5. La détermination de cette durée relève en principe du domaine contractuel: ce qui est décisif, c'est ce que les parties ont convenu pour la réception et la livraison des marchandises. Par exemple, si le contrat de transport stipule que "le destinataire devra accepter les marchandises le long du navire aussi vite que celui-ci peut les délivrer", la responsabilité du transporteur (en vertu du contrat de transport) se termine lorsqu'il a placé les marchandises sur le quai. Si aucun accord explicite ou implicite n'a été conclu quant au moment et au lieu de réception ou de livraison, mais qu'il existe en la matière des coutumes, pratiques ou usages du commerce au lieu de destination, ceux-ci s'appliquent. En l'absence d'accord, de coutume, de pratique ou d'usage applicable, une disposition générale de repli entre en jeu. Dans ce cas, le moment et le lieu de réception ou de livraison à prendre en considération sont ceux où les marchandises sont effectivement prises en charge ou sont effectivement débarquées ou déchargées du navire ou véhicule final dans lequel elles sont transportées. L'une des conséquences de cette approche est que la clause traditionnelle dite de "palan à palan" doit se référer à la portée du contrat plutôt qu'à une exclusion de la responsabilité du transporteur.

6. *Questions:*

a) Ces principes sont-ils acceptables?

b) Avez-vous des propositions pour améliorer la rédaction?

7. **Article 11-3** (nouveau) **et 5** (précédemment 7-4)

3. Si l'expéditeur est tenu de remettre les marchandises au lieu de réception à une autorité ou à un autre tiers auquel, en vertu de la loi ou réglementation applicable, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le transporteur pourra les retirer, le moment et le lieu auxquels le transporteur retire les marchandises auprès de cette autorité ou de cet autre tiers sont considérés comme le moment et le lieu de réception des marchandises par le transporteur conformément au paragraphe 2.

5. Si le transporteur est tenu de remettre les marchandises au lieu de livraison à une autorité ou à un autre tiers auquel, en vertu de la loi ou réglementation applicable, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le destinataire pourra les retirer, cette remise constitue une livraison des marchandises par le transporteur au destinataire conformément au paragraphe 4.

8. Dans un nombre limité de pays, les marchandises exportées doivent être remises à certaines autorités avant que le transporteur puisse en prendre réception et il en va de même pour les marchandises importées avant que le destinataire puisse en prendre livraison. Ces paragraphes traitent de ces situations.

9. *Questions:*

a) Ces principes sont-ils acceptables?

b) Avez-vous des propositions pour améliorer la rédaction?

10. **Article 11-6** (nouveau) **et article 14-1 et 2** (précédemment 11-1 et 2)

Article 11

6. Afin de déterminer la durée de la responsabilité du transporteur et sous réserve de l'article 14-2 (précédemment 11-2**), le contrat de transport ne peut pas prévoir que:**

a) Le moment de réception des marchandises est postérieur au commencement de leur chargement initial conformément au contrat; ou

b) Le moment de livraison des marchandises est antérieur à l'achèvement de leur déchargement final conformément au contrat.

Article 14

1. Le transporteur doit, pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est définie à l'article 11 (précédemment 7**) et sous réserve de l'article 27 (**précédemment 8**), assurer de façon appropriée et soigneuse la réception, le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, le soin, le déchargement et la livraison des marchandises.**

[2. Les parties peuvent convenir que le chargement, l'arrimage et le déchargement des marchandises seront exécutés par le chargeur ou toute personne mentionnée à l'article 35 (précédemment 32**), la partie contrôlante ou le destinataire. Cette convention doit être mentionnée dans les données du contrat.]**

11. En raison de la crainte exprimée au sein du Groupe de travail de voir le transporteur utiliser de manière abusive la flexibilité commerciale offerte par l'article 11 (précédemment 7) afin de réduire la durée de sa responsabilité, le secrétariat a inséré un nouveau paragraphe 6 à l'article 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.56. Il a, de plus, profondément modifié le paragraphe 2, entre crochets, de l'article 14. Le texte dispose maintenant expressément que la durée de la responsabilité doit comprendre le chargement et le déchargement des marchandises et que toute délégation par le transporteur de l'une de ses obligations au cours de cette période ne peut porter que sur le chargement, l'arrimage et le déchargement.

12. Ce nouveau paragraphe 6 et le paragraphe 2 modifié permettraient, pris ensemble, de résoudre également le problème des clauses FIO(S). L'utilisation de ces clauses est une pratique répandue dans certains secteurs du transport maritime[1]. Or, contrairement aux conventions sur les transports intérieurs, telles que la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (CMNI) de 2000, la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956, telle que modifiée par le

---

[1] Cette pratique n'existe presque exclusivement que dans le secteur des services non réguliers, où les chargeurs ou destinataires préfèrent souvent effectuer les opérations de chargement et/ou de déchargement eux-mêmes car, par exemple, ils sont propriétaires du terminal utilisé ou connaissent particulièrement bien les marchandises. Dans ces cas, le fret ne comprend pas les frais de chargement et/ou déchargement. Conformément à l'article 10 (précédemment 2-4), le champ d'application de la Convention peut également être étendu au transport non régulier, ce qui explique pourquoi le projet s'intéresse à cette question.

Protocole de 1978 (CMR) et les Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, formant l'Appendice B à la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, telle que modifiée par le Protocole de 1999 ("COTIF"), les conventions de transport maritime existantes prévoient que le chargement et le déchargement sont des obligations (automatiques) du transporteur. En conséquence, le droit existant contredit en l'espèce une pratique établie.

13. Les solutions apportées à ce problème varient en fonction des pays. Certains soutiennent l'idée que la clause FIO(S) fixe le cadre du voyage. La livraison des marchandises est donc réputée avoir lieu à bord du navire. D'autres pays se fondent sur l'exception de l'"acte ou omission du chargeur" afin d'exonérer le transporteur des conséquences d'un mauvais arrimage de la cargaison. Parfois, la clause FIO(S) est considérée comme portant uniquement sur les frais de chargement, d'arrimage, etc. sans avoir d'impact sur la responsabilité du transporteur. Cette insécurité juridique est aggravée lorsque la clause elle-même n'est pas claire, si bien que différents juges d'un même pays arrivent parfois à des conclusions différentes.

14. Le projet cherche à créer une certaine uniformité en prévoyant dans le nouveau paragraphe 6 de l'article 11 et dans le paragraphe 1 de l'article 14 (précédemment paragraphe 1 de l'article 11) que le chargement, l'arrimage et le déchargement constituent une obligation du transporteur pendant la durée de sa responsabilité. Le paragraphe 2 de l'article 14 (précédemment paragraphe 2 de l'article 11) énonce ensuite que les clauses FIO(S) sont juridiquement autorisées et doivent être regardées comme une exception à cette obligation du transporteur. Il découle de ces dispositions que le chargement, l'arrimage et le déchargement tombent sous l'empire du contrat de transport et donc du projet de convention. Une clause FIO(S) ne peut plus, dans ces conditions, déterminer le moment de réception ou de livraison des marchandises. Il s'ensuit que le chargement, l'arrimage et le déchargement sont sans préjudice de toutes les autres obligations du transporteur, comme son obligation de diligence raisonnable. Les autres conséquences d'une telle clause dépendront de l'interprétation qui en est faite. S'il est dans l'intention des parties que la clause rende la personne ayant des droits sur les marchandises responsable du chargement, de l'arrimage ou du déchargement, un transporteur peut être dégagé de sa responsabilité pour les conséquences d'un mauvais arrimage, mais uniquement dans les limites du système de responsabilité décrit à l'article 17 (précédemment 14). Dans cette disposition, l'exception de l'"acte ou omission du chargeur" est retenue mais s'applique désormais au sein d'une répartition de la charge de la preuve entre le transporteur et le demandeur qui diffère de celle des Règles de La Haye-Visby.

15. *Questions:*

a) Après les modifications apportées par le secrétariat, le traitement des clauses FIO(S) dans le projet de convention est-il acceptable?

b) Avez-vous des propositions pour améliorer la rédaction?

16. **Article 46. Obligation de prendre livraison**

Lorsque les marchandises sont parvenues à leur destination, le destinataire [qui exerce l'un quelconque de ses droits en vertu du contrat de transport] doit prendre livraison des marchandises au moment et au

lieu mentionnés à l'article 11-4 (précédemment 7-3**). [Si le destinataire, manquant à cette obligation, laisse les marchandises sous la garde du transporteur ou de la partie exécutante, le transporteur ou la partie exécutante agit vis-à-vis des marchandises comme un mandataire du destinataire, mais sans assumer aucune responsabilité concernant la perte ou le dommage subi par ces marchandises, à moins que cette perte ou ce dommage ne résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur [ou de la partie exécutante] commis soit dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement, en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.]**

17. Conformément à l'article 13 (précédemment 10), le transporteur est tenu de livrer les marchandises au destinataire, que l'article 1 k) (précédemment 1 i)) définit comme étant la personne habilitée à prendre livraison des marchandises. Reste à savoir dans quelle mesure le destinataire devrait être autorisé à *ne pas* prendre livraison. Sur ce point, le projet, avec les passages entre crochets, dispose que seul le destinataire qui n'est pas activement impliqué dans le transport peut ne pas prendre livraison. Dès qu'il prend une part active, il doit prendre livraison, même s'il prélève des échantillons des marchandises et décide par la suite de les refuser en vertu du contrat de vente. Conformément à l'article 86 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, lorsqu'il prend livraison auprès du transporteur, ce destinataire le fait pour le compte du vendeur. Le destinataire inactif, comme une banque détenant un connaissement à titre de garantie, n'est pas obligé de prendre livraison lui-même, mais peut avoir à prendre des mesures au titre des articles 48 ou 49.

18. Lors de sa discussion, le Groupe de travail s'est demandé si l'obligation du destinataire devrait être inconditionnelle. D'un autre côté, une obligation inconditionnelle permettrait de se défaire trop facilement des marchandises qui ont perdu toute valeur commerciale. Il a également été débattu du seuil d'implication du destinataire à partir duquel il était tenu d'accepter la livraison. On prendra note, à cet égard, de l'article 62-3 (précédemment 60-3) qui précise le niveau d'activité à partir duquel le porteur d'un document de transport négociable doit assumer des responsabilités[2].

19. *Questions:*

a) Le principe posé à la première phrase de l'article 49, y compris le membre de phrase entre crochets, est-il acceptable ou l'obligation du destinataire de prendre la livraison devrait-elle être inconditionnelle?

b) Si le principe est acceptable, l'exercice par le destinataire de l'un quelconque de ses droits devrait-il être précisé davantage, par exemple comme le fait l'article 62-3 (précédemment 60-3)?

---

[2] Cette disposition est la suivante: "(…) tout porteur qui n'est pas le chargeur n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport au seul motif que:

a) en vertu de l'article 7 (précédemment 4), il convient avec le transporteur de remplacer un document de transport négociable par un enregistrement électronique négociable concernant le transport ou de remplacer un enregistrement électronique négociable concernant le transport par un document de transport négociable, ou

b) en vertu de l'article 61 (précédemment 59), il transfère ses droits".

20. La deuxième phrase de cet article sur la responsabilité est traitée aux paragraphes 46 à 48 du questionnaire.

21. **Article 47. Obligation d'accuser réception**

À la demande du transporteur ou de la partie exécutante qui livre les marchandises, le destinataire doit accuser réception des marchandises des mains du transporteur ou de la partie exécutante de la manière qui est coutumière au lieu de destination.

Cette disposition ayant été jugée généralement acceptable par le Groupe de travail, elle ne soulève pas de point particulier dans le questionnaire.

22. **Article 48. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'est émis**

Lorsque aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport n'a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:

a) Si le nom et l'adresse du destinataire ne sont pas indiqués dans les données du contrat, la partie contrôlante doit les indiquer au transporteur, avant ou lors de l'arrivée des marchandises au lieu de destination;

b)

Variante A de l'alinéa b)

Le transporteur doit livrer, au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 (précédemment 7-3), **les marchandises au destinataire sur production, par ce dernier, d'un document d'identification approprié.**

Variante B de l'alinéa b)

Le transporteur doit livrer au destinataire les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 (précédemment 7-3)**. Pour obtenir livraison, le destinataire doit produire un document d'identification approprié.**

Variante C de l'alinéa b)

Le transporteur doit livrer au destinataire les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 (précédemment 7-3). **Il peut refuser de livrer les marchandises si le destinataire ne produit pas de document d'identification approprié.**

c) Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur doit en aviser la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur doit donner des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 (précédemment 31) **est réputée être le chargeur aux fins du**

présent alinéa. Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément au présent l'alinéa est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport.

23. Cet article s'applique lorsque aucun document négociable n'a été émis ou, par exemple en cas de recours au commerce électronique, lorsque aucun document n'est utilisé. Il énonce le principe selon lequel la partie contrôlante (qui, en l'occurrence, est souvent le chargeur) a l'obligation de veiller à ce que le transporteur soit en mesure de livrer les marchandises. Ce principe avait déjà été approuvé par le Groupe de travail. La seule question en suspens était de savoir si un transporteur tenu de livrer en vertu de l'article 13 (précédemment 10) pouvait refuser la livraison si le destinataire exigeant les marchandises ne pouvait pas produire de document d'identification approprié. On a estimé que le projet de texte n'était pas clair sur ce point et le secrétariat a formulé deux variantes susceptibles de résoudre le problème.

24. *Question: Préférez-vous la variante A (version initiale), la variante B ou la variante C?*

25. **Article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis**

Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:

a) i) Sans préjudice de l'article 46, le porteur d'un document de transport négociable est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 (précédemment 7-3) **à ce porteur contre remise du document de transport négociable. Si plusieurs originaux du document de transport négociable ont été émis, la remise d'un original suffit et les autres originaux cessent d'avoir tout effet ou validité.**

ii) Sans préjudice de l'article 46, le porteur d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 (précédemment 7-3) **à ce porteur si celui-ci démontre conformément aux procédures mentionnées à l'article 6 qu'il est le porteur de l'enregistrement. Dès cette livraison, l'enregistrement électronique concernant le transport cesse d'avoir tout effet ou validité.**

26. Le problème ici concerne le connaissement négociable. Ce document fournit à son porteur une garantie en lui accordant le droit exclusif de prendre livraison des marchandises au lieu de destination. Il offre aussi au transporteur la garantie d'être libéré de son obligation de livrer s'il livre les marchandises au porteur du connaissement. Ces fonctions essentielles du document ne peuvent toutefois être remplies que si ledit document est disponible au lieu de destination. S'il ne l'est pas, les deux parties risquent de ressentir une certaine insécurité. Pour remédier à cela, le projet d'article commence par indiquer dans son alinéa a) que le porteur du

connaissement a le droit, mais pas l'obligation, de prendre livraison des marchandises contre présentation du connaissement, auquel cas le transporteur est tenu de livrer. Cette approche suit la pratique courante actuelle.

27. **Article 49**

b) Si le porteur ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur doit en aviser la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il est dans l'incapacité d'identifier ou de trouver la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur doit donner au transporteur des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver la partie contrôlante ou le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 (précédemment 31) **est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa.**

28. Lorsque le connaissement n'est pas disponible au lieu de destination des marchandises, ou lorsque le porteur du connaissement ne souhaite pas prendre livraison, le même principe qu'à l'article précédent s'applique: la partie contrôlante a pour principal devoir de veiller à ce que le transporteur soit en mesure de s'acquitter de l'obligation qui lui est faite par le contrat de transport de livrer les marchandises. La partie contrôlante est celle qui a des droits sur les marchandises et elle pourrait être amenée à protéger ses intérêts. Il se peut que la partie contrôlante ne contacte pas le transporteur et/ou que ce dernier ne puisse la localiser. En pareil cas, le chargeur, en sa qualité de cocontractant initial du transporteur, doit assumer la responsabilité de donner des instructions au transporteur concernant la livraison. Il doit s'efforcer de trouver la bonne personne à qui la livraison doit être faite ou, si ses efforts échouent, il peut veiller lui-même à la bonne livraison des marchandises, par exemple en demandant au transporteur de stocker celles-ci en son nom. Si le chargeur ne s'acquitte pas de cette obligation, il peut être tenu responsable. S'agissant du degré de la responsabilité, voir les paragraphes 49 à 53 du questionnaire.

29. **Article 49**

c) [Nonobstant l'alinéa d),] le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément à l'alinéa b) est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport au porteur, indépendamment du fait de savoir si le document de transport négociable lui a été remis, ou si la personne demandant livraison en vertu d'un enregistrement électronique négociable concernant le transport a démontré, conformément aux procédures visées à l'article 6, qu'elle est le porteur.

30. Lorsque le transporteur livre sur instruction, en principe de la partie contrôlante, il est libéré de son obligation en vertu du contrat de transport de livrer au destinataire. Si, toutefois, le porteur du connaissement ne peut être localisé (auquel cas le chargeur doit donner des instructions au transporteur concernant la livraison), on peut s'attendre à ce que le connaissement ne soit pas présenté. La question se pose alors de savoir quels droits sont attachés au connaissement après que les marchandises ont été livrées par le transporteur. Cette question est traitée à l'alinéa d) ci-après.

31. **Article 49**

Variante A de l'alinéa d)

d) [Sous réserve des dispositions de l'alinéa c)] si le transporteur livre les marchandises au lieu de destination sans que le document de transport négociable lui soit remis ou sans que soit faite la démonstration visée à l'alinéa a) ii), une personne qui devient porteur après que le transporteur a livré les marchandises au destinataire ou à une personne ayant droit à ces marchandises en vertu de tout arrangement contractuel ou autre différent du contrat de transport n'acquiert des droits [opposables au transporteur] en vertu du contrat de transport que: i) si la transmission du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport s'est effectuée en vertu d'arrangements contractuels ou autres conclus avant cette livraison des marchandises; ou ii) si cette personne, au moment où elle est devenue porteur, n'a pas eu et n'a pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison. [Le présent alinéa ne s'applique pas lorsque le transporteur livre les marchandises conformément à l'alinéa c).]

32. Cet alinéa envisage deux situations. La première est celle d'un porteur de connaissement qui a acquis ce dernier après la livraison par le transporteur, mais en vertu d'un arrangement contractuel différent du contrat de transport conclu avant la livraison. L'exemple type est celui de l'acheteur intermédiaire dans une chaîne d'acheteurs et de vendeurs, lorsque le connaissement tarde trop à parcourir cette chaîne pour parvenir à temps au lieu de destination. Si cet acheteur intermédiaire devient porteur du connaissement après que le transporteur a livré les marchandises à l'acheteur final, il n'a plus droit à la livraison, mais il peut avoir acquis le droit de poursuivre le transporteur si ce dernier est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises.

33. La seconde situation est celle d'une partie "innocente", c'est-à-dire d'une personne qui, n'ayant pas eu ou n'ayant pas pu raisonnablement avoir connaissance de la livraison, a acquis de bonne foi le connaissement. Cette partie est protégée et peut se fier au contenu du connaissement, y compris au droit de livraison des marchandises. Il est difficile de donner un exemple type parce que, si toutes les parties à une opération commerciale agissent avec diligence (et intégrité), cette situation ne devrait sans doute pas se produire. Bien entendu, elle ne devrait toutefois pas être exclue non plus: c'est pourquoi le projet en tient compte.

34. Au sein du Groupe de travail, on a exprimé la crainte que cet alinéa ne soit pas suffisamment clair. Il a par ailleurs été dit que la relation entre cet alinéa et le précédent devait être précisée. Le secrétariat a donc rédigé la variante ci-après pour répondre à ces préoccupations. Dans cette variante, l'alinéa d) complète l'alinéa c), et l'alinéa e) prévaut sur les alinéas c) et d).

35. **Article 49**

Variante B de l'alinéa d), qui comprend les alinéas d) et e)

d) Si les marchandises sont livrées conformément à l'alinéa c), une personne qui devient le porteur après que le transporteur a livré les marchandises au destinataire ou à une personne ayant droit à ces marchandises en vertu de tout arrangement contractuel ou autre différent

du contrat de transport acquiert des droits opposables au transporteur en vertu du contrat de transport, autres que le droit de demander la livraison des marchandises, seulement lorsque le transfert du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport s'est effectué en vertu d'arrangements contractuels ou autres conclus avant cette livraison des marchandises.

e) Nonobstant les alinéas c) et d), le porteur qui n'avait pas ou n'aurait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison au moment où il est devenu porteur acquiert les droits incorporés dans le document de transport négociable ou dans l'enregistrement électronique négociable concernant le transport.

36. L'article 49 dans son ensemble a bénéficié de l'appui général du Groupe de travail. On a largement estimé que le problème de la livraison sans présentation du connaissement méritait une solution. Les pratiques commerciales ont affaibli le système du connaissement et il faut tenter de remettre celui-ci en état, dans l'intérêt des transporteurs ainsi que de ceux qui ont des droits sur les marchandises. On a toutefois fait observer qu'il fallait soigneusement examiner l'équilibre entre les différents droits et obligations des parties, afin de parvenir à une solution bien pesée et réaliste.

37. *Questions:*

a) Préférez-vous la variante B à la version initiale de l'alinéa d)?

b) L'article 49 parvient-il à un bon équilibre entre les différents droits et obligations?

c) Selon vous, le principe posé à l'article 49 est-il applicable?

d) Avez-vous des propositions pour l'améliorer?

38. **Article 50** (précédemment 49 e)). **Instructions insuffisantes**

Si la partie contrôlante ou le chargeur ne donne pas au transporteur des instructions suffisantes conformément aux articles 48 et 49 ou si la partie contrôlante ou le chargeur ne peuvent être trouvés, le transporteur est fondé, sans préjudice de toute autre voie de droit qu'il peut exercer contre cette partie contrôlante ou ce chargeur, à exercer ses droits en vertu des articles 51, 52 et 53 (précédemment 50, 51 et 52).

39. Cette disposition ayant été jugée généralement acceptable par le Groupe de travail, elle ne soulève pas de point particulier dans le questionnaire.

40. **Article 51** (précédemment 50). **Marchandises non livrables**

1. Le transporteur est fondé à exercer les droits et moyens mentionnés au paragraphe 2 aux risques et à la charge de la personne ayant droit aux marchandises si les marchandises sont parvenues au lieu de destination et:

a) Si le destinataire n'en a effectivement pas pris livraison conformément au présent chapitre au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 (précédemment 7-3) **[et s'il n'a été conclu entre le transporteur ou la partie exécutante et le destinataire aucun contrat explicite ou implicite concernant la garde des marchandises]; ou**

b) Si le transporteur n'est pas autorisé par la loi ou la réglementation applicable à les livrer au destinataire.

2. Les droits et moyens mentionnés au paragraphe 1 sont les suivants:

a) Stocker les marchandises en tout lieu approprié;

b) Déballer les marchandises si elles sont emballées dans des conteneurs, ou prendre vis-à-vis des marchandises les autres mesures que, de l'avis du transporteur, les circonstances peuvent raisonnablement exiger; ou

c) Faire vendre les marchandises conformément aux pratiques ou aux prescriptions légales ou réglementaires du lieu où les marchandises sont alors situées.

3. Si les marchandises sont vendues comme prévu au paragraphe 2 c), le transporteur doit conserver le produit de la vente au profit de la personne ayant droit aux marchandises, sous réserve de déduire toute dépense supportée en rapport avec les marchandises et tout autre montant qui lui est dû.

41. Le Groupe de travail a largement appuyé cette disposition quant à son fond. La question en suspens concerne donc la partie entre crochets qui, selon certaines délégations, prête quelque peu à confusion.

42. *Questions:*

a) Souhaiteriez-vous conserver la partie de l'alinéa a) entre crochets?

b) Dans l'affirmative, avez-vous des suggestions pour améliorer la rédaction?

43. **Article 52** (précédemment 51). **Avis d'arrivée à destination**

Le transporteur n'est autorisé à exercer les droits visés à l'article 51 qu'après avoir avisé suffisamment à l'avance de l'arrivée des marchandises au lieu de destination soit la personne éventuellement indiquée dans les données du contrat comme étant la personne à aviser de cette arrivée, soit le destinataire, ou encore la partie contrôlante ou le chargeur.

44. Cet article prévoit que le transporteur devrait s'efforcer d'éviter la situation où le destinataire ne donne aucune réponse adéquate.

45. *Questions:*

a) Ce principe est-il acceptable?

b) Avez-vous des propositions pour améliorer la rédaction?

46. **Article 53** (précédemment 52). **Responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables**

Dans l'exercice des droits visés à l'article 51-2 (précédemment 50-2), **le transporteur ou une partie exécutante est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises, seulement si cette perte ou ce dommage résulte [d'un acte ou d'une omission de sa part commis soit**

dans l'intention de provoquer cette perte ou ce dommage, soit témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement].

47. Cet article, ainsi que la deuxième phrase de l'article 46, traitent de la responsabilité du transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises dans le cas de marchandises non livrables. La question principale est celle de savoir quel doit être le degré de responsabilité du transporteur dans de telles circonstances. Ce dernier peut être considéré (dans le droit interne), entre autres, comme confronté à une "défaillance du créancier" (le destinataire étant le créancier du transporteur) ou comme étant un "mandataire (ou dépositaire) par nécessité". Dans ces circonstances spéciales, le degré de responsabilité d'une personne ayant une certaine obligation de soin des marchandises est généralement moins élevé que dans des circonstances normales.

48. *Questions:*

a) Faudrait-il regrouper en une disposition unique les dispositions des articles 46 et 53 (précédemment 52) sur la responsabilité du transporteur?

b) Dans le cas d'un tel regroupement, quel serait le degré acceptable de responsabilité du transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises dans les circonstances prévues aux articles 46 et 51 (précédemment 50)?

c) Si vous préférez ne pas regrouper les dispositions, veuillez indiquer le degré de responsabilité que vous souhaiteriez dans chaque situation.

49. **Responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de manquement à des obligations prévues dans la Convention pour laquelle aucune disposition n'est encore prévue**

50. Le chapitre 10 ne prétend pas résoudre tous les problèmes pouvant se poser en ce qui concerne la livraison. Il se concentre sur le problème principal, c'est-à-dire lorsque les marchandises parviennent à leur lieu de destination et qu'il n'y a personne pour les recevoir ou que le destinataire ne souhaite pas en prendre livraison. Il définit ensuite la situation juridique du transporteur et du destinataire en pareil cas. On pourrait ajouter une ou plusieurs dispositions déterminant le degré de responsabilité du transporteur et du chargeur si l'un d'eux manque à une de ses obligations concernant la livraison. Un tel manquement peut donner lieu à une action en vertu du projet de convention.

51. L'obligation qui incombe au transporteur de livrer les marchandises au destinataire est traitée à l'article 13 (précédemment 10). Que se passe-t-il si le transporteur ne livre pas les marchandises à la personne qui y a droit? Le chapitre 6 (précédemment 5) ne s'applique qu'à la perte, au dommage ou au retard subi par les marchandises, et non pas, par exemple, aux cas de livraison à une personne autre que le destinataire. Le projet de convention devrait-il prévoir une disposition définissant le degré de responsabilité du transporteur pour des manquements, à des obligations prévues dans le projet de convention, autres que ceux qui occasionnent la perte, l'endommagement ou le retard des marchandises? Cette disposition (qui ne serait pas nécessairement à insérer au chapitre 10) pourrait prévoir une responsabilité fondée sur la faute avec renversement de la charge de la preuve, à

l'instar de la disposition relative à la responsabilité du chargeur à l'article 31-1 (précédemment 29-1). Si l'on part du principe que la prescription et la limitation de la responsabilité, par exemple, s'appliquent à *toute* action contre le transporteur en vertu du projet de convention, il pourrait être logique de déterminer également le degré de responsabilité du transporteur au-delà des questions de perte, de dommage ou de retard subi par les marchandises.

52. Une question analogue peut être soulevée en ce qui concerne la responsabilité du chargeur. Au chapitre 8 (précédemment 7), la responsabilité du chargeur est limitée aux manquements à des obligations lui incombant en vertu des articles 28 (précédemment 25) et 30 a) (précédemment 27 a)). Faudrait-il étendre sa responsabilité au non-respect, par exemple, de l'obligation de prendre livraison en vertu de l'article 46 ou, pour aller plus loin, à tout manquement dans le cadre du projet de convention dans la mesure où la responsabilité du chargeur n'est pas traitée dans d'autres dispositions (comme sa responsabilité sans faute à l'article 31-2 (précédemment 29-2))?

53. *Questions:*

a) Le projet de convention devrait-il prévoir une disposition générale sur la responsabilité du transporteur pour le manquement à l'une quelconque des obligations lui incombant en vertu du projet de convention, disposition qui devrait s'appliquer dans la mesure où sa responsabilité n'est pas déjà traitée (par exemple au chapitre 6 (précédemment 5) ou à l'article 53 (précédemment 52)), ou faudrait-il renvoyer cette question au droit interne?

b) Le projet de convention devrait-il étendre la disposition sur la responsabilité du chargeur prévue à l'article 31-1 (précédemment 29-1) au non-respect de l'une quelconque des obligations lui incombant en vertu du projet de convention, disposition qui devrait s'appliquer dans la mesure où la responsabilité du chargeur n'est pas traitée ailleurs; ou faudrait-il renvoyer cette question au droit interne?

K. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des États-Unis d'Amérique, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.58) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la seizième session du Groupe de travail III (Droit des transports) au cours de laquelle ce dernier doit poursuivre sa deuxième lecture d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.56), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a, le 15 novembre 2005, soumis une proposition concernant l'insertion du mot "ports" au projet d'article 75 du projet de convention, dans le chapitre consacré à la compétence, pour examen par le Groupe de travail. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Les avantages de l'insertion du mot "ports" à l'article 75

1. Tel qu'il est actuellement rédigé, l'article 75 c), qui permet à un demandeur d'intenter une action contre le transporteur devant un tribunal dans le ressort duquel se trouve le port de chargement ou le port de déchargement, figure entre crochets. Les États-Unis sont d'avis que les crochets pourraient être supprimés et les termes entre crochets conservés[1].

2. Il faut d'abord situer le contexte dans lequel cette question importe le plus[2]. Pour une expédition traditionnelle de port à port, le port de chargement est le lieu de réception et le port de déchargement le lieu de livraison. Dans ce contexte, l'article 75 c) serait généralement inutile, car les mêmes lieux seraient déjà couverts par l'article 75 b)[3]. C'est seulement quand le port de chargement diffère du lieu de réception ou que le port de déchargement diffère du lieu de réception que la question est importante, autrement dit dans les contrats de porte à porte (et, dans une moindre de mesure, dans les contrats de port à porte et de porte à port).

3. Lorsque les parties ont conclu un contrat de transport de porte à porte, toutes deux ont intérêt à ce que les ports de chargement et de déchargement soient disponibles comme fors potentiels. Les avantages pour les personnes ayant un droit sur les marchandises sont évidents. Si le demandeur ne veut pas intenter une action contre le transporteur dans un port, il peut choisir une autre option (et l'inclusion de ports sur la liste n'aura causé aucun préjudice).

4. L'avantage pour le transporteur, s'il n'est pas aussi évident, n'en est pas moins réel. Le transporteur préférerait ne pas être du tout poursuivi en justice (ou, à défaut, l'être uniquement dans le lieu désigné dans une clause d'élection de for, cf. supra, note 2), mais s'il doit être poursuivi dans le pays du demandeur, il préférera généralement que ce soit au port par lequel sont passées les marchandises plutôt qu'en un lieu à l'intérieur du pays où un mandataire les a retirées ou livrées. Inclure les ports sur la liste de l'article 75 ne garantit pas qu'une action sera intentée dans

---

[1] Cette position est identique pour l'essentiel à celle qui est préconisée aux paragraphes 30 et 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.34. L'analyse est expliquée ici de façon plus détaillée.

[2] Il ne faut pas oublier en outre que cette question serait tout à fait sans objet dans la mesure où des clauses d'attribution de juridiction exclusive sont opposables. Dans la proposition des États-Unis, des clauses d'attribution de juridiction exclusive dans des contrats de tonnage seraient opposables aux tiers, auxquels elles s'imposeraient dans des conditions spécifiées. Dans ce contexte, peu importerait quels lieux figureraient sur la liste de l'article 75. (La proposition des États-Unis sur cette question a été présentée initialement aux paragraphes 34 et 35 du document A/CN.9/WG.III/WP.34. Une formulation modifiée/de compromis est contenue à l'article 95 du document A/CN.9/WG.III/WP.56. L'article 76 de ce dernier document (auquel les États-Unis sont opposés sous sa forme actuelle) traite aussi de l'opposabilité des clauses d'attribution de juridiction exclusive.)

[3] Il pourrait y avoir une différence si l'article 75 b) se limite aux lieux "contractuels" et si l'article 75 c) se réfère aux ports effectifs. Les États-Unis ne s'opposeraient pas à une modification de l'article 75 c) pour qu'il couvre les ports contractuels. Dans la pratique, les connaissements multimodaux actuellement en usage désignent en générale les ports de chargement et de déchargement prévus.

un port, mais les exclure de la liste pourrait rendre impossible toute action dans un port. Si les ports ne figurent pas sur la liste, les parties peuvent être tenues de soumettre leur litige à un tribunal à l'intérieur du pays alors que toutes deux préféreraient que ce soit dans un port.

5. La préférence pour un port s'explique par un certain nombre de raisons pratiques. Concrètement, il est infiniment plus probable que les dommages surviennent dans un port, car il y a plus de chances que les marchandises subissent un dommage quand elles font l'objet d'opérations de manutention. Bien qu'elles puissent être perdues en mer (ou endommagées lors du déraillement d'un train ou de la collision de camions), il est beaucoup plus fréquent qu'un dommage se produise pendant les opérations de chargement et de déchargement. Même en dehors des opérations de manutention, il y a un plus grand risque de vol dans un entrepôt (souvent situé en zone portuaire) que sur un bateau en haute mer ou un camion ou un train en mouvement. Si les marchandises sont perdues ou endommagées au port, il sera plus commode pour tout le monde de régler le litige sur place – où les deux parties ont plus facilement accès aux témoignages et aux preuves.

6. Lorsque des marchandises sont perdues ou subissent un dommage au port, c'est souvent une partie exécutante (par exemple un arrimeur ou un exploitant de terminal) qui sera responsable. Le propriétaire de la cargaison voudra donc intenter une action à la fois contre le transporteur, qui est contractuellement responsable, et la partie exécutante, qui est responsable des dommages qu'elle a effectivement causés. En vertu de l'article 77, le port peut être le seul lieu où le demandeur peut intenter une action unique contre les deux. Mais si les ports ne figurent pas sur la liste de l'article 75, il se peut qu'il n'y ait aucun for où une action unique soit possible, et il faudra donc plusieurs procès pour régler un incident unique.

7. Même si le propriétaire des marchandises décide d'engager une action unique contre le seul transporteur, ce dernier voudra peut-être réclamer une contribution ou une indemnité à une partie exécutante négligente. Un moyen très efficace de le faire consistera pour lui à s'adjoindre la partie exécutante négligente comme défendeur supplémentaire ou tiers défendeur (en utilisant tout dispositif de procédure pouvant être disponible dans la loi du for). Dans de nombreux systèmes juridiques, cela ne serait possible que si le tribunal initial a compétence sur la partie exécutante. Or, il y a beaucoup plus de chances que cela soit le cas lorsque l'action est engagée dans un port, ce qui ne pourrait se produire en vertu de la nouvelle convention que si les ports figurent sur la liste de l'article 75.

8. Même lorsque la responsabilité potentielle des parties exécutantes ne fait pas du port un for plus attrayant, les parties auront toutes deux souvent intérêt à ce que toute action se déroule dans un port. On peut penser que les avocats spécialisés dans les affaires maritimes exercent dans un port ou à proximité d'un port et que les juges spécialisés eux aussi dans cette matière siègent dans des tribunaux ayant compétence sur des ports. Naturellement, tous les ports n'auront pas l'expertise juridique et judiciaire des grands centres de navigation maritime du monde. Mais ce n'est pas la question du choix qui se pose ici. Même si l'expertise d'un port particulier en matière maritime est inférieure à la norme, elle sera sans doute supérieure à celle du lieu de réception ou de livraison à l'intérieur du pays.

9. Enfin, omettre les ports de la liste risque de porter atteinte à la capacité des tribunaux à gérer leurs rôles. Aux États-Unis, la doctrine du *forum non conveniens* permet à un tribunal, dans ces cas appropriés, de transmettre une affaire à un autre tribunal convenant mieux pour trancher les questions. Mais cette option n'existe que si cet autre tribunal est compétent – ce qui risque de ne pas être le cas si les ports ne sont pas inclus dans la liste de l'article 75.

L. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

(A/CN.9/WG.III/WP.59) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la seizième session du Groupe de travail III (Droit des transports) au cours de laquelle ce dernier doit poursuivre sa deuxième lecture d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.56), le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a, le 18 novembre 2005, soumis des commentaires concernant l'arbitrage, pour examen par le Groupe de travail. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'arbitrage

1. L'arbitrage est un processus consensuel choisi par les parties à un contrat comme moyen de régler les différends qui peuvent survenir entre elles. Les principes de la liberté de recours à l'arbitrage, de la reconnaissance des conventions d'arbitrage, et de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales sont consacrés par les articles II et III de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (Convention de New York). Cette convention compte 134 États signataires, dont beaucoup sont de grandes nations maritimes.

2. L'arbitrage est la méthode préférée de règlement des différends, principalement dans le commerce de vrac et le tramping. La nature de ces différends met souvent en jeu des questions de principe juridique ou commercial. Les chartes-parties utilisées dans certains secteurs comportent presque toujours une clause compromissoire désignant un for et un droit particuliers en cas de litige et de telles clauses sont souvent incorporées expressément aux connaissements émis en vertu de ces chartes-parties. Néanmoins, il y a aussi des cas dans lesquels l'arbitrage pourrait convenir aux services de transports réguliers, en particulier dans le contexte de secteurs spécialisés. Au fil des années, un certain nombre de centres d'excellence ont vu le jour dans lesquels des spécialistes de questions techniques et juridiques spécifiques sont disponibles pour arbitrer des conflits dans le domaine du commerce maritime.

3. Les parties commerciales sont satisfaites du fonctionnement du système d'arbitrage, à la fois pour les différends entre les parties initiales et, par une clause d'incorporation, pour l'application des arrangements aux tiers porteurs de connaissements (ou, dans l'avenir, de documents de transport). Le système est compris par les parties engagées dans des opérations commerciales avec des acheteurs et des vendeurs, dans toute la chaîne, qui connaissent leurs droits et leurs obligations. Les tiers acheteurs y voient un élément des opérations commerciales plus générales dont ils espèrent tirer un bénéfice. Les arrangements fonctionnent bien, et les concepts donnent lieu à très peu de plaintes ou de difficultés pratiques.

4. Les Règles de La Haye et de La Haye-Visby, qui sont largement acceptées, ne comportent pas de dispositions régissant l'arbitrage, question laissée aux soins des parties contractantes et du droit interne. En revanche, le caractère contraignant des dispositions des Règles de Hambourg est probablement l'une principales raisons pour lesquelles cette convention n'a pas été souvent appliquée. Sur le plan des principes, on peut se demander s'il y a une raison impérieuse d'inclure des dispositions relatives à l'arbitrage dans le projet d'instrument de la CNUDCI. Mais si cela doit être fait, le plus simple serait d'avoir une disposition confirmant la validité et l'opposabilité d'une convention d'arbitrage conformément à l'accord des parties, y compris l'extension de telles conventions pour qu'elles lient des tiers acheteurs.

5. Le texte actuel du projet d'instrument propose deux variantes, A et B. Toutefois, la variante A reprend le modèle des Règles de Hambourg et donne la

possibilité au demandeur de choisir le lieu où la procédure peut être engagée. Cela signifie qu'une convention d'arbitrage contenue dans un contrat de transport soumis à l'instrument ne serait opposable ni à la partie initiale au contrat, par exemple un chargeur, ni à un tiers acheteur.

6. La variante B laisse les parties convenir du lieu. Cela correspondrait à la pratique actuelle. On a dit toutefois qu'elle donnait aux transporteurs la possibilité de tourner les dispositions relatives à la compétence énoncées à l'actuel chapitre 16. Cela n'est pas considéré comme un problème dans la pratique car les contrats de services de lignes régulières ne comportent généralement pas de conventions d'arbitrage, mais des dispositions renvoyant les conflits à la compétence exclusive de tribunaux ou États désignés.

7. Une autre proposition a été faite par les Pays-Bas, qui vise à concilier la liberté de recourir à l'arbitrage dans le commerce de vrac et le tramping et l'application de dispositions sur la compétence au trafic des lignes régulières. Ce pourrait être une piste pour avancer, mais il faut examiner plus avant les points suivants:

- Le paragraphe 2 proposé de l'article 78 est considéré comme imposant une restriction au droit de recourir à l'arbitrage en vertu d'un contrat auquel le projet d'instrument s'appliquera de façon impérative. Il donnerait au demandeur le droit de se soustraire à une convention d'arbitrage énoncée dans le contrat et de décider, soit de recourir à l'arbitrage, soit de renvoyer le différend à un tribunal situé dans l'un des lieux énumérés, et pourrait en outre être source de confusion en permettant d'aller à l'encontre de la loi applicable désignée;
- L'article 81 *bis* proposé vise à étendre l'opposabilité d'une convention d'arbitrage dans une charte-partie au tiers porteur d'un connaissement (ou autre document de transport) par le biais de l'exception de l'article 10. Mais en fait, ce ne serait peut-être pas le résultat obtenu, car l'article 10 fait entrer les connaissements émis en vertu d'une charte-partie ou d'un contrat autrement exclu en vertu de l'article 9 dans le champ d'application obligatoire du projet d'instrument. Peut-être s'agit-il d'une question de rédaction; et
- Il peut être nécessaire de trouver des arrangements pour que l'arbitrage soit accepté comme mécanisme de règlement des différends accepté par les parties dans certains services réguliers spécialisés.

8. Cette approche va dans le bon sens, mais les questions doivent être étudiées plus avant. Toutefois, une solution évitant les difficultés identifiées dans le présent document serait une disposition permettant l'opposabilité des conventions d'arbitrage dans les contrats de transport sans restrictions, système qui, au fil des années, s'est révélé satisfaisant et efficace pour régler des différends maritimes.

M. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006)

(A/CN.9/594) [Original: anglais]

Table des matières

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Délibérations et décisions	8
II.	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	9-233
	Droit de contrôle – Chapitre 11	9-71
	Projet d'article 54. Définition du droit de contrôle	10-16
	Projet d'article 55. Modification du contrat de transport	17-22
	Projet d'article 56. Règles applicables en fonction du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport émis	23-45
	Projet d'article 57. Exécution de l'instruction par le transporteur	46-58
	Projet d'article 58. Marchandises réputées livrées	59
	Projet d'article 59. Obligation de fournir des informations, instructions ou documents au transporteur	60-64
	Projet d'article 60. Dérogation conventionnelle	65-67
	Réexamen du projet d'article 56-1 d) et solution de compromis proposée	68-71
	Questions de fond qu'il est envisagé de traiter dans le projet de convention	72-76
	Transfert de droits – Chapitre 12	77-78
	Livraison au destinataire – Chapitre 10 (*suite*)	79-120
	Projet d'article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis	80-89
	Projet d'article 50. Instructions insuffisantes	90-93
	Projet d'article 51. Marchandises non livrables	94-101
	Projet d'article 52. Avis d'arrivée à destination	102-106
	Projet d'article 53. Responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables	107-113
	Droit de rétention	114-117
	Responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de manquement à des obligations prévues dans la Convention pour laquelle aucune disposition n'est encore prévue	118-120
	Champ d'application, liberté contractuelle et dispositions connexes	121-172
	Projet d'article 8. Champ d'application général	123-128
	Projet d'article 9. Exclusions et inclusions particulières	129-133

Projet d'article 10. Application à certaines parties 134-140
Projet d'article 20. Responsabilité des parties exécutantes maritimes 141-145
Projet d'article 94 relatif à la validité de certaines clauses contractuelles 146-153
Projet d'article 95. Règles spéciales pour les contrats de tonnage 154-170
Projet d'article 96. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises 171-172
Obligations du chargeur – Chapitre 8 173-207
Projet d'article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions 175-186
Projet d'article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents 187-194
Projet d'article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses 195-198
Projet d'article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur en cas de retard 199-207
Proposition sur les connaissements à personne dénommée 208-215
Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport – Chapitre 9 216-233
Projet d'article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport 218-224
Projet d'article 38. Données du contrat 225-233
III. Questions diverses 234-236
Dates des dix-huitième, dix-neuvième et vingtième sessions 234
Planification des travaux futurs 235-236

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, une convention législative sur des questions liées au transport international de marchandises telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième session en 2002. La compilation la plus récente retraçant l'historique de ce projet figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.60.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/60/17 et Corr.3), par. 345.

2. Le Groupe de travail III (Droit des transports), qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-septième session à New York du 3 au 13 avril 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bénin, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Gabon, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Madagascar, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Singapour, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Bulgarie, Chypre, Danemark, El Salvador, Finlande, Koweït, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, République démocratique du Congo, Saint-Siège, Sénégal et Ukraine.

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

a) **Organisations intergouvernementales invitées par la Commission:** Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, Communauté européenne (CE);

b) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission:** Association of American Railroads (AAR), Chambre de commerce internationale (CCI), Chambre internationale de la marine marchande, Comité maritime international (CMI), Conseil maritime baltique et international (BIMCO), European Shippers' Council (ESC), Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), International Group of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, International Multimodal Transport Association (IMMTA) et Union internationale d'assurances transports.

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

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Rapporteur: M. Walter de Sá Leitão (Brésil)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté et rectificatif (A/CN.9/WG.III/WP.60 et A/CN.9/WG.III/WP.60/Corr.1);

b) Un document de la délégation norvégienne sur le droit de contrôle, présenté oralement, pour information, au Groupe de travail à sa quinzième session et publié pour sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1);

c) Un document de la délégation suisse sur le transfert de droits, présenté oralement, pour information, au Groupe de travail à sa quinzième session et publié pour sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.52);

d) Un document sur la livraison publié pour sa seizième session mais dont l'examen n'a pas été achevé à cette session, présenté par la délégation néerlandaise (A/CN.9/WG.III/WP.57);

e) Une proposition de la Finlande sur le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes (A/CN.9/WG.III/WP.61);

f) Un document relatif aux documents de transport et aux enregistrements électroniques concernant le transport présenté pour information par la délégation des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/WG.III/WP.62);

g) Une proposition de la délégation suisse sur la livraison au destinataire et le droit de rétention du transporteur sur les marchandises (A/CN.9/WG.III/WP.63);

h) Des observations du Conseil des chargeurs maritimes d'Europe relatives au projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (A/CN.9/WG.III/WP.64);

i) Une proposition du Japon sur le champ d'application (A/CN.9/WG.III/WP.65);

j) Un document sur les contrats de tonnage présenté par le Comité maritime international au Groupe de travail, pour information (A/CN.9/WG.III/WP.66);

k) Une proposition de texte de la délégation suédoise relative aux obligations du chargeur (A/CN.9/WG.III/WP.67);

l) Une proposition des Pays-Bas concernant les connaissements à personne dénommée (A/CN.9/WG.III/WP.68);

m) Une proposition des États-Unis d'Amérique concernant les obligations du chargeur (A/CN.9/WG.III/WP.69); et

n) Des propositions de la délégation italienne sur les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport, ainsi que le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes (A/CN.9/WG.III/WP.70).

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

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] ("le projet de convention") en se fondant sur le texte figurant dans les annexes d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.56), et a étudié diverses propositions, notamment la proposition de la Finlande sur le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes (A/CN.9/WG.III/WP.61); la proposition de la Suisse concernant le droit de rétention du transporteur sur les marchandises

(A/CN.9/WG.III/WP.63); la proposition du Japon sur le champ d'application (A/CN.9/WG.III/WP.65); la proposition de texte de la de la délégation suédoise relative aux obligations du chargeur (A/CN.9/WG.III/WP.67); la proposition des Pays-Bas concernant les connaissements à personne dénommée (A/CN.9/WG.III/WP.68); la proposition des États-Unis d'Amérique concernant les obligations du chargeur (A/CN.9/WG.III/WP.69) et les propositions de l'Italie sur les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport, ainsi que le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes (A/CN.9/WG.III/WP.70). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de plusieurs dispositions en tenant compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail, dont il est rendu compte dans la section II ci-après.

II. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Droit de contrôle – Chapitre 11

9. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent de la question du droit de contrôle datait de sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 100 à 126) et qu'un document contenant des informations sur le sujet avait été présenté à sa seizième session par la Norvège (A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1; voir A/CN.9/576, par. 211). Le Groupe de travail a fondé son examen des dispositions du chapitre 11 sur le texte figurant dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56 et sur le libellé proposé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1.

Projet d'article 54. Définition du droit de contrôle

Projet d'article 54. Observations générales

10. Le Groupe de travail a examiné le projet d'article 54 tel qu'il figurait au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1 et dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Il a été indiqué que le projet d'article dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ne faisait pas de distinction claire entre, d'une part, le droit de la partie contrôlante de donner des instructions unilatéralement, et d'autre part, son droit de convenir avec le transporteur d'une modification du contrat de transport. Il a également été rappelé au Groupe de travail que l'alinéa b) du projet d'article 54, selon lequel la partie contrôlante pouvait exiger la livraison des marchandises avant leur arrivée au lieu de destination, avait déjà fait l'objet de débats. Il a été indiqué en particulier que, de l'avis de certains, une telle exigence constituerait toujours une modification du contrat de transport et nécessiterait de ce fait l'accord des parties. D'autres en revanche, on estimé que ce droit était unilatéral par nature et qu'il fallait le conserver car il était essentiel, par exemple, lorsque aucun enregistrement négociable concernant le transport n'avait été émis et que des établissements de crédit devaient s'assurer le contrôle des marchandises, à l'encontre d'un acheteur défaillant.

11. Un soutien général a été exprimé en faveur de la présentation adoptée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, à savoir que les dispositions sur le droit de

contrôle pouvant être exercé unilatéralement par la partie contrôlante figuraient dans le projet d'article 54, tandis que celles sur le droit de contrôle exigeant une modification du contrat de transport, et donc le consentement du transporteur, étaient traitées séparément dans le projet d'article 55.

12. On s'est déclaré favorable au maintien du mot "désigne" et à la suppression du verbe "est", qui figuraient entre crochets dans le chapeau du projet d'article 54.

La partie contrôlante en tant que seule personne pouvant exercer le droit de contrôle

13. Il a été observé que le début du projet d'article 55, selon lequel "la partie contrôlante est la seule personne pouvant exercer le droit de contrôle" énonçait une règle générale sur le droit de contrôle qui devrait s'appliquer également au projet d'article 54. Selon un avis, ces mots devaient être transférés du projet d'article 55 au chapeau du projet d'article 54. Selon un autre point de vue, toutefois, il fallait faire preuve de prudence dans la rédaction pour veiller à ce que cette règle générale s'applique également à la modification du contrat de transport prévue au projet d'article 55. On est généralement convenu qu'il faudrait modifier le libellé des projets d'articles 54 et 55 de façon à assurer l'application générale de la règle selon laquelle la partie contrôlante était la seule personne pouvant exercer le droit de contrôle. Il a aussi été dit qu'une disposition distincte s'appliquant à ces deux projets d'articles pouvait être envisagée.

Alinéa b) du projet de paragraphe 54. Livraison de marchandises dans un port intermédiaire ou lieu en cours de trajet

14. Selon un avis, l'exigence de livraison des marchandises dans un port intermédiaire ou lieu en cours de trajet constituerait toujours une modification des termes initiaux du contrat de transport et imposerait une charge considérable au transporteur, car cela gênerait presque toujours les activités normales du transporteur et le droit en tant que tel serait contraire aux garanties prévues dans le projet d'article 57. Il a donc été proposé de supprimer l'alinéa b) du projet d'article 54. Cependant, selon l'avis qui a prévalu dans le Groupe de travail, il fallait conserver le principe énoncé dans cet alinéa, car il importait, pensait-on, de donner à la partie contrôlante un moyen efficace d'exercer son droit de contrôle, notamment face à un acheteur potentiellement insolvable.

15. On s'est déclaré favorable au maintien du deuxième segment de texte figurant entre crochets à l'alinéa b) et à la suppression du premier. On a estimé que la partie contrôlante devait uniquement avoir le droit d'exiger du transporteur qu'il livre les marchandises dans des ports intermédiaires ou des lieux en cours de trajet. Il a aussi été dit que le fait de permettre à la partie contrôlante d'exiger la livraison dans d'autres ports ou d'autres lieux imposerait au transporteur une obligation déraisonnable de déroutement aux conséquences économiques potentiellement graves. À cet égard, il a été dit que la référence à un "port intermédiaire ou lieu en cours de trajet" ne suffisait pas à protéger le transporteur contre le risque d'un déroutement découlant des exigences de la partie contrôlante et que ce projet de disposition devrait être davantage précisé afin qu'il soit clair que la partie contrôlante ne pourrait exiger la livraison anticipée que dans un port d'escale prévu sur le trajet en question. On s'est en outre inquiété de ce que l'exigence de livraison dans un port ou lieu autre que celui initialement prévu risquait d'exposer le transporteur à des frais supplémentaires, du fait par exemple du déchargement d'un

conteneur arrimé à fond de cale, et qu'en tout état de cause il faudrait rembourser à ce dernier toutes dépenses additionnelles résultant d'une livraison anticipée. Cependant, il a aussi été indiqué que ces questions pouvaient être traitées par le projet d'article 57, notamment par les dispositions relatives au fait de ne pas gêner les activités normales du transporteur et au remboursement des dépenses additionnelles.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 54

16. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait conserver le projet d'article 54, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, comme base pour ses délibérations futures;
- Qu'il faudrait ôter les crochets entourant le mot "désigne" et supprimer le mot "est" dans le chapeau du projet d'article 54;
- Que le principe selon lequel la partie contrôlante est la seule personne pouvant exercer le droit de contrôle devait être inséré dans le chapeau du projet d'article 54;
- Qu'il faudrait supprimer le premier segment de texte entre crochets ainsi que les crochets entourant le deuxième segment à l'alinéa b) du projet d'article 54;
- Qu'il faudrait remplacer les mots "dans un port intermédiaire" par les mots "dans un port d'escale prévu" à l'alinéa b) du projet d'article 54; et
- Que le secrétariat devrait préparer une nouvelle version du projet d'article 54 en tenant compte des délibérations ci-dessus.

Projet d'article 55. Modification du contrat de transport

Traitement séparé dans le projet d'article 55 de la modification du contrat de transport

17. Comme noté plus haut au paragraphe 11, le Groupe de travail a généralement approuvé la structure du projet d'article 55 tel qu'il était contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, car il prévoyait un traitement séparé de l'exercice du droit de contrôle si celui-ci entraînait une modification du contrat de transport. Bien que la création d'une disposition distincte concernant l'exercice du droit de contrôle entraînant une modification du contrat de transport constitue une mesure positive, on s'est inquiété de ce que les alinéas b) et c) du projet d'article 54 pourraient également être considérés comme des modifications du contrat de transport et on a estimé que de nouvelles modifications au texte des projets d'article 54 et 55 pourraient être envisagées pour répondre à cette préoccupation. Il a également été indiqué que le titre du projet d'article 55 nécessitait peut-être un ajustement, en plus des modifications qui devraient être apportées aux définitions du "droit de contrôle" et de la "partie contrôlante" dans le projet d'article premier.

Droits et obligations des parties au contrat de transport avant sa modification

18. On s'est inquiété de ce que le texte du projet d'article 55 n'indiquait pas clairement quelle incidence une modification du contrat résultant de l'exercice du

droit de contrôle aurait sur les droits et obligations des parties au contrat de transport préexistant. Selon un avis, le droit général des contrats permettrait de régler tout problème potentiel de manière adéquate. On a cependant suggéré qu'un texte spécifique soit inclus dans le projet d'article 55 pour empêcher qu'une modification du contrat de transport ne se répercute les droits et obligations des parties au contrat préexistant.

Document de transport"[négociable]" ou enregistrement électronique "[négociable]" concernant le transport

19. On a demandé s'il fallait inclure dans le texte du paragraphe 2 du projet d'article 55 une référence aux documents de transport "négociables" et aux enregistrements électroniques "négociables" concernant le transport en conservant le texte actuellement entre crochets. Il a été dit que la référence aux seuls documents et enregistrements électroniques "négociables" restreignait trop le champ d'application de la règle. Il a cependant été estimé aussi que la simple suppression de l'adjectif "négociable" qui figurait entre crochets risquerait de trop élargir la gamme de documents car l'expression "documents de transport" pourrait s'appliquer à un document prouvant que le transporteur a reçu les marchandises mais n'attestant pas un contrat de transport ou n'en contenant pas.

20. L'opinion contraire a également été exprimée dans le Groupe de travail, à savoir que des problèmes pratiques risquaient de se poser si la référence était élargie aux documents et enregistrements autres que "négociables" puisque la partie contrôlante devait être en possession de documents et d'enregistrements négociables pour pouvoir exercer son droit de contrôle mais que, dans le cas de documents et d'enregistrements non négociables, il était peu probable qu'elle les ait en sa possession ou en ait le contrôle. Il a également été noté que, puisque les documents et les enregistrements négociables avaient un caractère spécial en ce qu'ils constituaient une preuve péremptoire du contrat de transport, il était juridiquement nécessaire d'y inscrire les modifications, nécessité juridique qui n'existait pas pour les documents ou les enregistrements non négociables, dont les modifications pouvaient être régies par la pratique commerciale.

21. Il a également été estimé que, dans le cas de documents ou d'enregistrements non négociables, la partie contrôlante devrait être en droit de demander l'émission d'un nouveau document ou d'un nouvel enregistrement qui prenne en compte la modification du contrat de transport. Le Groupe de travail est convenu que l'adjectif "négociable" devrait être supprimé et que les changements apportés à cette disposition devraient tenir compte des préoccupations exprimées dans le paragraphe ci-dessus. Il est convenu en outre d'examiner comment cette disposition s'articulerait avec le projet d'article 56-2 c).

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 55

22. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le secrétariat devrait être prié d'adapter le texte du projet d'article 55 en tenant compte des préoccupations générales exprimées au cours du débat, telles qu'elles sont présentées dans les paragraphes ci-dessus;

– Qu'il faudrait indiquer clairement aussi bien dans le projet d'article 54 que dans le projet d'article 55 que l'exercice du droit de contrôle relève exclusivement de la partie contrôlante; et

– Que l'adjectif "négociable" devrait être supprimé du paragraphe 2 du projet d'article, et que les autres changements apportés à cette disposition devraient tenir compte des préoccupations exprimées dans les paragraphes ci-dessus, notamment concernant son articulation avec le projet d'article 56-2 c).

Projet d'article 56. Règles applicables en fonction du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport émis

Titre

23. Le Groupe de travail est convenu que le titre du projet d'article 56 était trop compliqué et devait être modifié pour refléter de façon plus précise et plus succincte le contenu du projet de disposition. Il a été proposé à cet égard d'intituler celui-ci "Parties contrôlantes".

Projet de paragraphe 1 a) – variantes entre crochets

24. On a exprimé la crainte que le projet de paragraphe 1 a) ne protège pas suffisamment les intérêts du vendeur FOB lorsque le chargeur était la partie contrôlante et que le vendeur FOB était uniquement expéditeur et non chargeur. Il a été dit que la deuxième variante entre crochets apportait une réponse satisfaisante à cette crainte, du fait que le chargeur non seulement devrait aviser le transporteur que le vendeur FOB était la partie contrôlante, mais aussi qu'il serait probablement obligé de le faire en vertu du contrat de vente. L'avis a également été émis que la question soulevée serait examinée dans le contexte du chapitre sur les documents de transport, puisqu'elle avait trait aux documents ou enregistrements que l'expéditeur serait en droit de recevoir après avoir remis les marchandises au transporteur pour se protéger face à des acheteurs potentiellement insolvables.

25. On a appuyé l'avis exprimé au sein du Groupe de travail que la deuxième variante entre crochets dans le projet de paragraphe 1 a), "[désigne le destinataire ou une autre personne partie contrôlante]", était préférable à la première car elle était plus claire et rédigée de façon plus simple.

26. D'autres propositions visant à clarifier le texte ont été faites au Groupe de travail. Il a été suggéré que le projet de paragraphe 1 a) précise que le "contrat de transport" et non le "chargeur" devrait désigner la partie contrôlante. En réponse, on a fait observer que le changement proposé aboutirait probablement au même résultat que le texte actuel étant donné que le chargeur désignerait vraisemblablement la partie contrôlante dans le contrat de transport. Il a été suggéré, d'autre part, que les projets de paragraphes 1 a) et b) tiennent compte du fait que l'article 6 des Règles uniformes pour les lettres de transport maritime du Comité maritime international permettrait au chargeur de transférer son droit de contrôle au destinataire et exigeait que l'exercice de cette possibilité soit mentionné sur la lettre de transport maritime ou un document similaire. Des doutes ont cependant été émis à propos de cette suggestion car, a-t-on estimé, la question de l'identité de la partie contrôlante n'avait d'importance que dans les relations entre le transporteur et les personnes

ayant un droit sur les marchandises, et si des tiers, tels qu'une banque, étaient intéressés, les parties pouvaient les informer en conséquence.

Projet de paragraphe 1 b) – variantes entre crochets

27. Le Groupe de travail est convenu dans son ensemble que le texte figurant dans la première paire de crochets n'était pas satisfaisant, car il rendrait la disposition trop incertaine pour le transporteur en permettant soit à l'auteur soit au bénéficiaire du transfert du droit de contrôle d'aviser le transporteur de ce transfert. Bien que le texte figurant dans la deuxième paire de crochets ait bénéficié d'un certain soutien du fait qu'il tenait compte des pays dans lesquels le bénéficiaire était autorisé à aviser le transporteur du transfert, on s'est toutefois demandé si une telle solution serait suffisamment claire. On a dit qu'il serait plus facile au transporteur de vérifier que le transfert a été notifié par l'auteur, qui lui était généralement connu. Le Groupe de travail a exprimé une préférence pour la suppression des deux variantes entre crochets car le fait de permettre au bénéficiaire du transfert d'aviser le transporteur ne semblait pas protéger de façon satisfaisante tous les intérêts en jeu et n'apportait pas non plus suffisamment de clarté.

28. Il a également été proposé que le projet de paragraphe 1 b) précise que, si le transporteur n'était pas avisé du transfert de droit de contrôle, le transfert ne prendrait effet qu'à partir du moment où il aurait été notifié au transporteur par l'auteur.

Paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1

29. Il a été suggéré que le projet de paragraphe 1 a) et b) soit remplacé par le texte figurant au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1. Bien que cette suggestion ait reçu un certain soutien, on s'est demandé si le texte en question couvrirait de manière satisfaisante la situation où la partie contrôlante devait transférer le droit de contrôle, notamment lorsque aucun document n'avait été émis. L'avis selon lequel le texte du paragraphe 11 pourrait remplacer le projet de paragraphe 1 a) a également eu quelques partisans, mais il n'a pas recueilli un appui suffisant dans le Groupe de travail.

Projet de paragraphe 1 c) – "conformément à l'article 54"

30. Le Groupe de travail est convenu, dans l'ensemble, que les mots "conformément à l'article 54" étaient superflus et pouvaient être supprimés.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 1 a), b) et c)

31. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que le secrétariat devrait être prié d'adapter le titre du projet d'article 56;
- Que la deuxième variante du projet de paragraphe 1 a) était préférable, mais que le secrétariat devrait être prié d'apporter les modifications rédactionnelles appropriées en tenant compte des avis exprimés au sein du Groupe de travail;
- Que les variantes entre crochets dans le projet de paragraphe 1 b) devraient être supprimées entièrement et que le secrétariat devrait être

prié d'examiner si le transfert du droit de contrôle devrait seulement prendre effet une fois le transporteur avisé; et

– Que les mots "conformément à l'article 54" dans le projet de paragraphe 1 c) devraient être supprimés.

Projet de paragraphe 1 d) – fin ou transfert du droit de contrôle

32. Il a été dit que le projet de paragraphe 1 d) portant sur la fin de droit de contrôle ou son transfert au destinataire était inutile et pouvait être supprimé du fait que le chapeau du projet d'article 54 limitait l'exercice de ce droit par la partie contrôlante à la durée de la responsabilité du transporteur définie au projet d'article 11-1. Certains se sont toutefois demandé s'il était opportun de supprimer cette disposition compte tenu des problèmes particuliers que pouvait poser le choix du moment auquel le droit de contrôle prenait fin.

33. Il a été observé que trois possibilités s'offraient au Groupe de travail concernant la fin du droit de contrôle ou son transfert au destinataire, chacune ayant des conséquences différentes. Selon la première, énoncée dans la première paire de crochets du projet de paragraphe 1 d), le droit de contrôle prenait fin lorsque les marchandises arrivaient à destination et que le destinataire en demandait la livraison. Selon la deuxième, énoncée dans la deuxième paire de crochets de cette même disposition, le droit de contrôle était transféré au destinataire lorsque les marchandises arrivaient à destination et que le destinataire en demandait la livraison. Il a été noté que ces deux options étaient conformes à la tradition de droit romano-germanique ainsi qu'à plusieurs conventions internationales en matière de transport, mais qu'elles avaient posé certains problèmes pratiques. Il existait, a-t-on dit, une troisième possibilité, énoncée au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1, à savoir que le droit de contrôle prenait fin lorsque les marchandises avaient été livrées.

34. Selon un avis, le moment où prenait fin le droit de contrôle était déterminant pour le choix de l'approche optimale à adopter dans le projet de convention. Il a été dit que si le droit de contrôle n'était transféré au destinataire ou ne prenait fin qu'au dernier moment possible, par exemple lors de la remise effective, le transporteur pourrait se retrouver dans une situation extrêmement difficile car s'il avait déjà commencé le processus de livraison, il pouvait être particulièrement problématique pour lui de recevoir des instructions de dernière minute de la part de la partie contrôlante concernant des changements dans la livraison. Selon un autre point de vue, toutefois, le droit de contrôle ne devrait pas prendre fin ou être transféré trop tôt puisque l'instruction la plus fréquemment donnée par une partie contrôlante à un transporteur était de ne pas livrer la marchandise avant confirmation de paiement par le vendeur ou la partie contrôlante. Chacune de ces approches a été fortement soutenue au sein du Groupe de travail.

35. Plusieurs solutions possibles ont été suggérées pour résoudre cette question:

a) La disposition sur la fin du droit de contrôle dans le projet de paragraphe 1 d) pourrait être traitée comme une disposition non impérative soumise au projet d'article 60, bien qu'il ait été mis en doute que cette solution permette de régler le problème de manière adéquate;

b) Étant donné que le projet d'article 57 soumettait l'obligation du transporteur d'exécuter les instructions qu'il recevait de la partie contrôlante à certaines conditions, il a été estimé que le Groupe de travail serait probablement mieux à même de reconsidérer sa position concernant la fin du droit de contrôle quand il aurait examiné ce projet d'article. En outre, ce dernier offrait une protection suffisante au transporteur dans son obligation d'exécuter les instructions de la partie contrôlante, le projet de paragraphe 1 d) aurait moins d'importance et pourrait être supprimé;

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 1 d)

36. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver le projet de paragraphe 1 d) entre crochets pour l'étudier plus avant une fois qu'il aurait examiné le projet d'article 57 (voir ci-dessous, par. 68 à 71).

Projets d'alinéas a) et b) du paragraphe 2 de l'article 56

37. Il a été estimé que l'alinéa b) du projet de paragraphe 2 pouvait être supprimé comme étant redondant, il était en effet évident que, d'après l'alinéa a), le porteur du document de transport était aussi la partie contrôlante et que, la personne à qui le document de transport était transféré devenant également le porteur, le droit de contrôle serait transmis en conséquence. Il a aussi été dit que la deuxième phrase de l'alinéa b) pouvait être insérée dans le projet d'article 61, qui prévoyait des règles sur le transfert de droits lorsqu'un document de transport négociable avait été émis.

Projet de paragraphe 2 c) – texte entre crochets

38. Il a été proposé de supprimer le texte figurant entre crochets à l'alinéa c) du projet de paragraphe 2. On a émis l'avis que cette disposition était redondante étant donné qu'aucune partie ne pouvait demander à d'autres de produire des documents qu'elle détenait déjà. Cet avis a été appuyé au sein du Groupe de travail.

Projet de paragraphe 2 c) – "si celui-ci le demande"

39. Il a été proposé que les mots "si celui-ci le demande" soient supprimés du projet de paragraphe 2 c). Il a été estimé que, lorsqu'un document de transport négociable avait été émis, le transporteur ne devait accepter des instructions données en vertu du droit de contrôle que de la part du porteur de ce document. À cet égard, il a été ajouté que le transporteur avait la possibilité de vérifier que le porteur était en mesure de produire les documents nécessaires pour confirmer son identité en tant que partie contrôlante et que, s'il n'exerçait pas cette possibilité, il en assumerait les risques. Toutefois, il a également été indiqué que la disposition devait aussi affirmer que l'exercice par ailleurs valable du droit de contrôle le restait même si le transporteur ne demandait pas au porteur de présenter de document.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet du paragraphe 2

40. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver, comme base de ses futures délibérations, le texte du projet de paragraphe 2 de l'article 56 figurant dans le document

A/CN.9/WG.III/WP.56, après suppression des mots “si celui-ci le demande” et du texte entre crochets de l’alinéa c);

– De demander au secrétariat d’élaborer une nouvelle version du projet de paragraphe 2 de l’article 56 en tenant compte des délibérations ci-dessus, y compris de la possibilité de fusionner le contenu des projets d’alinéas a) et b).

Projet de paragraphe 3

41. Compte tenu de ses délibérations sur le projet de paragraphe 2 c), le Groupe de travail a décidé de conserver pour la suite du débat le texte du projet de paragraphe 3 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, après suppression des mots “si le transporteur le demande” à l’alinéa b).

Projet de paragraphe 4

42. En réponse à une question sur l’objet de ce paragraphe, il a été expliqué que le projet de disposition faisait pendant au paragraphe 1 du projet d’article 62, aux termes duquel un porteur qui n’est pas le chargeur et qui n’exerce aucun droit en vertu du contrat de transport n’assume aucune responsabilité en vertu de ce contrat uniquement du fait qu’il est porteur. Aussi a-t-on estimé qu’aucune responsabilité ne devait être imposée non plus à la personne transférant le droit de contrôle en raison de son statut de partie contrôlante si elle n’exerçait pas ce droit. On a toutefois fait observer que cette approche était difficilement conciliable avec celle adoptée dans le projet d’article 34 du chapitre sur les obligations du chargeur, où le porteur du document de transport ou de l’enregistrement électronique concernant le transport qui était identifié comme “chargeur” dans les données du contrat était soumis aux responsabilités et obligations qui incombaient au chargeur en vertu de ce chapitre. Il fallait donc clarifier le lien entre ce projet de disposition et le projet de paragraphe 4 de l’article 56.

43. Il a été proposé de remplacer dans le projet de paragraphe 4 de la version anglaise, le mot “liabilities” (responsabilités) par “obligations”, car seules les obligations devaient être transférées avec le droit de contrôle, alors que toute responsabilité découlant de l’exercice de ce droit continuerait d’être assumée par la partie l’ayant encourue. Il a été répondu que “liability” était le mot qu’il convenait d’employer dans ce projet de paragraphe 4 étant donné son sens précis dans le projet d’article 34, auquel renvoyait ce projet de paragraphe. En outre, il a été indiqué que la modification proposée risquait de rendre le projet de disposition redondant puisque le projet d’article 62 prévoyait déjà que les obligations seraient transférées en même temps que le document.

44. Plusieurs autres propositions rédactionnelles ont été faites concernant le projet de paragraphe 4, dont la suppression pure et simple de la disposition ou sa reformulation en termes positifs – et non négatifs comme dans le texte actuel – pour indiquer quels aspects du droit de contrôle étaient transférés. Il a aussi été estimé que l’examen du paragraphe 1 du projet d’article 62 pourrait aider le Groupe de travail à parvenir à une décision concernant le projet de paragraphe 4 de l’article 56.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 4

45. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé que:

– Le texte du projet de paragraphe 4 devrait être mis entre crochets en attendant sa modification éventuelle par le secrétariat ou sa suppression, après examen plus approfondi des questions soulevées et du texte du paragraphe 1 du projet d'article 62.

Projet d'article 57. Exécution de l'instruction par le transporteur

Projet de paragraphe 1 – Variante A ou B

46. Selon un avis, il existait principalement deux grandes différences de fond entre les variantes A et B du projet de paragraphe 1, qui définissait les circonstances dans lesquelles le transporteur devait exécuter les instructions de la partie contrôlante. La première était que le projet de paragraphe 1 a) de la variante B indiquait que la partie donnant les instructions était fondée à exercer le droit de contrôle, et la seconde, plus importante, que le projet de paragraphe 1 c) de la variante A faisait référence aux dépenses additionnelles, pertes ou dommages auxquels le transporteur ou la partie exécutante s'exposait en exécutant les instructions données par la partie contrôlante. Il a été estimé que la protection accordée au transporteur par exemple dans le projet de paragraphe 1 c) de la variante A était importante et devait être conservée, mais qu'elle était peut-être suffisamment exprimée dans le projet de paragraphe 3 de l'article 57.

47. Bien que certains aient soutenu la variante A, qui autorisait expressément le transporteur à refuser d'exécuter des instructions entraînant une dépense additionnelle, une perte ou un dommage pour lui-même ou pour les personnes ayant des droits sur toute autre marchandise transportée pendant le même voyage, une nette préférence a été exprimée au sein du Groupe de travail pour la variante B du projet de paragraphe 1.

48. Après un examen détaillé de cette variante B, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence à la partie exécutante dans l'alinéa c), conformément à sa décision antérieure d'exclure les parties exécutantes des dispositions relatives au droit de contrôle. Il a en outre été suggéré de fusionner les alinéas b) et c), dont le contenu était considéré assez similaire. La crainte a été exprimée que les conditions souples des alinéas b) et c) ne soient pas interprétées de manière objective pour déterminer si le refus du transporteur d'exécuter les instructions était ou non raisonnable, ce à quoi on a répondu que le principe du projet de paragraphe 1 *bis* de la variante A pourrait être adopté dans la variante B. Il a toutefois été rétorqué que le critère du "caractère raisonnable" (exprimé par les mots "raisons de penser" dans le projet de paragraphe 1 *bis*) ne rendrait pas à lui seul l'interprétation des conditions des alinéas b) et c) plus objective. Il a été observé que le droit d'un transporteur de refuser d'exécuter des instructions obligerait en fin de compte à se prononcer sur le "caractère raisonnable" ou non du refus dans l'une ou l'autre variante suggérée pour le projet de paragraphe 1. De plus, on a suggéré que la question de la charge de la preuve en cas de refus du transporteur d'exécuter les instructions soit traitée dans le projet de paragraphe 4 de l'article 57.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 1

49. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte de la variante B du projet de paragraphe 1 était préférable à celui de la variante A; et

– Que le secrétariat tiendrait compte des suggestions rédactionnelles visant à améliorer le texte (voir également par. 51 ci-dessous).

Projet de paragraphe 2

50. Il a été convenu au sein du Groupe de travail que, conformément à des décisions antérieures, il faudrait, dans le projet de paragraphe 2, supprimer les références à des personnes autres que la partie contrôlante et le transporteur. Cependant, il a été estimé, et cet avis a bénéficié d'un certain soutien, que cette modification risquait d'avoir pour effet d'empêcher le transporteur d'obtenir le remboursement des dommages-intérêts qu'il pourrait avoir à verser à d'autres chargeurs pour avoir perdu ou endommagé leurs marchandises en exécutant les instructions de la partie contrôlante. Suite à cette remarque, l'avis a été exprimé qu'il pourrait être nécessaire d'indiquer dans le projet de paragraphe 1 que le transporteur pouvait refuser l'exécution des instructions si l'exécution risquait de causer un dommage aux marchandises d'autres chargeurs, mais on a estimé qu'une solution plus appropriée serait de préciser dans le projet de paragraphe 2 que le transporteur était en droit de se faire rembourser tous dommages-intérêts qu'il était tenu de verser à des tiers.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 2

51. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait supprimer du projet de paragraphe 2 la référence aux parties autres que la partie contrôlante et le transporteur;

– Qu'il faudrait veiller à ce que le droit du transporteur de demander le remboursement des dommages-intérêts versés à d'autres chargeurs du fait de l'exécution des instructions soit maintenu dans le texte modifié; et

– Que le secrétariat serait prié d'examiner s'il était nécessaire d'inclure dans le projet de paragraphe 1 une référence aux éventuels dommages causés aux marchandises d'autres chargeurs.

Projet de paragraphe 3

52. Le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble qu'il faudrait supprimer la première phrase du projet de paragraphe 3, mais conserver le texte entre crochets et supprimer les crochets. Il a été indiqué que la suppression de la première phrase avait pour objet d'éviter une redondance, mais on a estimé que le contenu de cette phrase concernant le montant de la garantie à fournir par la partie contrôlante devait être conservé.

53. Des craintes ont été exprimées au sujet de l'intention de l'alinéa b) du projet de paragraphe 3 car on a considéré que le transporteur, en demandant la garantie, indiquait son intention d'exécuter l'instruction et qu'il n'était pas en droit de refuser d'exécuter les instructions au motif de dépenses, conformément à la variante B du projet de paragraphe 1. Il a donc été proposé de supprimer cet alinéa b). Il y a cependant eu des partisans de l'avis contraire selon lequel cet alinéa restait utile du fait que le transporteur avait la possibilité de refuser d'exécuter des instructions qui gênaient ses activités normales, bien que le libellé puisse être précisé en ce sens. Il a

été proposé de préciser aussi le droit implicite du transporteur de refuser d'exécuter les instructions si la partie contrôlante ne fournissait pas de garantie.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 3

54. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait prier le secrétariat de modifier le texte de manière:

– À conserver le libellé entre crochets et supprimer les crochets;

– À supprimer la première phrase du projet de paragraphe, mais à maintenir le principe relatif au montant de la garantie à fournir dans une version révisée; et

– À préciser ou remplacer le libellé de l'alinéa b) pour indiquer que le transporteur peut refuser d'exécuter l'instruction si aucune garantie n'est fournie.

Projet de paragraphe 4

55. Il a été rappelé au Groupe de travail que la nature de la responsabilité du transporteur en cas d'inexécution des instructions de la partie contrôlante et les limites de cette responsabilité, ainsi que les questions de charge de la preuve, devaient être examinées dans le cadre du projet de paragraphe 4. L'avis a été exprimé que le texte du projet de paragraphe 4 proposé au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1 était meilleur que celui du projet de convention car il clarifiait le fondement et les limites de la responsabilité.

56. Pour préciser davantage les choses, il a été dit que la perte ou le dommage matériels découlant du non-respect des instructions par le transporteur seraient couverts par les dispositions générales du projet d'article 17 du projet de convention. Dans la mesure où il s'agissait de pertes matérielles, on a estimé que le projet de paragraphe 4 pourrait être supprimé pour laisser les règles générales sur la responsabilité s'appliquer. Il a cependant été noté que les pertes seraient probablement plus économiques que matérielles, par exemple dans le cas où les marchandises n'avaient pas été déchargées à un port d'escale régulier ou programmé intermédiaire et avaient de ce fait été vendues par la suite avec un bénéfice moindre. Il a été indiqué que le projet de paragraphe 4 ne traitait pas de manière adéquate le risque de perte économique et que sa suppression pour s'en remettre aux dispositions générales sur la responsabilité ne résoudrait pas non plus le problème. Le Groupe de travail a convenu dans son ensemble qu'en raison de l'extrême complexité des dispositions qui seraient nécessaires pour régir la perte économique, cette dernière devrait relever du droit national. Bien que certains aient été d'avis que la simple suppression du projet de paragraphe 4 permettrait de soumettre la question des pertes matérielles aux dispositions générales sur la responsabilité et ses limites et la question des pertes économiques au droit national, comme le Groupe de travail en avait l'intention, le point de vue selon lequel il faudrait élaborer, en vue d'un examen plus approfondi, des dispositions précisant cette intention a été soutenu. De plus, il a été estimé qu'il pourrait être nécessaire d'insérer à un autre endroit du projet de convention une disposition plus générale prévoyant que la perte économique relèverait du droit national. Cette question a été laissée en suspens pour examen futur par le Groupe de travail.

57. Il y a eu quelques partisans de l'idée que si la question de la perte économique devait être régie par le droit national, celle de la limitation de la responsabilité pour cette perte devait l'être également. Le Groupe de travail a pris note de ce point de vue pour l'examiner ultérieurement.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 4

58. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De supprimer le texte actuel du projet de paragraphe 4; et

– De prier le secrétariat d'élaborer un texte, pour examen par le Groupe de travail, indiquant que les pertes matérielles visées par cette disposition devraient être régies par les règles générales sur la responsabilité et les règles sur la limitation de cette dernière, et que les pertes économiques devraient être régies par le droit national.

Projet d'article 58. Marchandises réputées livrées

59. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet d'article.

Projet d'article 59. Obligation de fournir des informations, instructions ou documents au transporteur

Questions sur la portée et la nécessité du projet d'article 59

60. Les questions suivantes ont été soulevées au sujet de la portée et de la nécessité du projet d'article:

a) La partie contrôlante n'avait peut-être pas nécessairement de droit acquis sur la cargaison et, de ce fait, n'était peut-être pas toujours la mieux placée pour donner au transporteur les informations requises;

b) Étant donné que la partie contrôlante n'avait pas besoin de donner son accord pour être désignée comme partie contrôlante, et qu'elle pouvait même ne pas avoir connaissance de sa désignation, il était injustifié de lui imposer le type d'obligations prévues dans le projet d'article;

c) Le projet d'article faisait référence non seulement aux informations, mais aussi aux "instructions ou documents", qui n'étaient pas nécessairement tous accessibles à la partie contrôlante;

d) Le lien entre les informations mentionnées dans le projet d'article et celles que le chargeur était déjà obligé de fournir en vertu du projet d'article 30 a) n'était pas clair;

e) Il n'était peut-être pas souhaitable, dans la deuxième phrase du projet d'article, d'obliger le chargeur à fournir les informations que la partie contrôlante n'avait pas été en mesure de fournir car le chargeur, au moment où les informations étaient nécessaires, pouvait ne plus avoir d'intérêt dans le transport, par exemple parce que les informations avaient trait à des instructions de déchargement, suite à des demandes particulières formulées par la partie contrôlante quant à la livraison;

f) Les conséquences éventuelles du défaut de communication par la partie contrôlante ou le chargeur des informations demandées par le transporteur n'apparaissaient pas clairement; et

g) Seul le transporteur, en tant que partie au contrat de transport, et non la partie exécutante, devrait avoir le droit de demander des informations, instructions ou documents supplémentaires.

Réponses aux questions sur la portée et la nécessité du projet d'article 59

61. En réponse à ces questions, un fort soutien a été exprimé en faveur du principe contenu dans le projet d'article, car il était essentiel pour le transporteur de pouvoir s'adresser à une partie déterminée afin d'obtenir les informations qui devenaient nécessaires une fois les marchandises sous sa garde. Il pouvait avoir besoin de ces informations, par exemple, pour exécuter des instructions données en vertu du projet d'article 54 ou en raison d'événements imprévus (par exemple, une grève au port de déchargement ou la nécessité de prendre des mesures spéciales pour protéger les marchandises). En outre, il a été noté que:

a) La désignation d'une partie contrôlante se faisait généralement d'après le contrat de vente ou le crédit documentaire, de sorte que l'on pouvait habituellement s'attendre à ce qu'un l'acheteur/destinataire ou une banque ayant émis une lettre de crédit aient prévu une telle éventualité;

b) Même lorsqu'une partie contrôlante n'avait pas expressément accepté sa désignation comme partie contrôlante, ou n'en avait pas connaissance, on pouvait normalement supposer qu'elle avait intérêt à protéger les marchandises, par exemple parce qu'elle les avait achetées ou qu'elle avait une sûreté sur elles;

c) La situation de la partie exécutante n'était pas la même dans le projet d'article 59 que dans d'autres dispositions où la référence à cette partie avait été facilement supprimée car sortant du cadre de la relation contractuelle, de sorte que la référence à la partie exécutante maritime pourrait donc être conservée; et

d) On pourrait tenir compte de la disponibilité des informations, instructions ou documents en insérant les mots "s'ils sont disponibles" afin d'alléger l'obligation de la partie contrôlante.

Conséquences de la non-communication des informations demandées

62. En ce qui concerne les conséquences de la non-communication par la partie contrôlante ou par le chargeur des informations demandées par le transporteur, les possibilités suivantes ont été notées:

a) Le transporteur serait exonéré de sa responsabilité en cas d'endommagement des marchandises ou de retard dans leur livraison causés par la non-communication des informations visées au projet d'article. Cette conséquence découlerait du régime général de la responsabilité de l'article 17 et ne nécessiterait pas de règles spéciales dans le projet d'article 59;

b) Le transporteur pourrait être autorisé à refuser d'exécuter les instructions données en vertu de l'article 54 à moins que, et jusqu'à ce que, la partie contrôlante ou le chargeur lui fournissent les informations demandées au titre du projet d'article 59. Cette conséquence pourrait découler implicitement de la condition posée dans le projet d'article 57, paragraphe 1, variante B, b), selon laquelle le transporteur doit pouvoir raisonnablement exécuter les instructions qui lui sont données. Il a été dit cependant que le Groupe de travail souhaiterait peut-être obtenir des précisions supplémentaires en temps voulu.

Avis majoritaire et propositions rédactionnelles supplémentaires

63. Selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, le projet d'article prévoyait une règle utile pour régler un problème concret et son contenu devait être conservé. Toutefois, certaines questions subsistaient sur l'éventuel chevauchement de cette disposition avec l'obligation pour le chargeur de fournir des informations au titre du projet d'article 30 a) de même que sur le bien-fondé de faire de la possibilité d'accéder à des informations une obligation de la partie contrôlante. Il a été suggéré, comme solution possible à ces problèmes, de modifier le titre du projet d'article pour préciser que la disposition concernait la fourniture d'informations supplémentaires, et de remanier le texte de la disposition pour prévoir des obligations légèrement différentes pour la partie contrôlante active ou exerçant son droit de contrôle, et pour celle qui ne faisait pas usage de ce droit.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 59

64. Le Groupe de travail a décidé:

- De conserver le contenu du projet d'article 59;
- D'examiner le titre du projet d'article afin de le modifier pour le différencier de celui du projet d'article 30 en faisant référence aux informations, instructions ou documents "supplémentaires" et en supprimant la mention de l'"obligation";
- De conserver et d'examiner la référence à la partie exécutante pour déterminer si elle était nécessaire dans cette disposition; et
- De prier le secrétariat de reformuler le projet d'article en tenant compte des délibérations ci-dessus pour examen ultérieur par le Groupe de travail.

Projet d'article 60. Dérogation conventionnelle

Extension de la liste des dispositions non impératives susceptibles de dérogation

65. Si le Groupe de travail a estimé, dans l'ensemble, que le contenu du projet d'article 60 était acceptable, l'avis a été exprimé que la liste des dispositions susceptibles de dérogation conventionnelle devait être étendue, notamment en raison de la nature commerciale du projet de convention, et à moins que des dispositions impératives ne soient nécessaires pour protéger certaines parties. On a dit que les dispositions particulières qui pourraient être incluses dans le projet d'article 60 étaient les projets d'articles 56-1 a), 56-1 d) et 59. Toutefois, selon un autre avis, qui a été appuyé, il fallait faire preuve de prudence concernant l'extension de la liste des dispositions non impératives au projet d'article 60, car certaines parties concernées, telles que le destinataire ou un porteur ultérieur d'un connaissement, devaient être protégées au regard de ces dispositions. De l'avis général, la possibilité d'ajouter des dispositions au projet d'article 60 devait être examinée attentivement, article par article.

Possibilité de chevauchement avec le projet d'article 55-2

66. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur la possibilité d'un léger chevauchement entre la deuxième phrase du projet d'article 60, qui exige que toute dérogation conventionnelle soit indiquée ou incorporée dans les données du contrat,

et le projet d'article 55-2, qui exige la mention de toute modification du contrat de transport dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 60

67. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que la possibilité d'étendre la liste des dispositions non impératives dans le projet d'article 60 serait examinée article par article; et

– Que le secrétariat examinerait la possibilité d'un chevauchement avec le projet d'article 55-2 lorsqu'il préparerait un texte.

Réexamen du projet d'article 56-1 d) et solution de compromis proposée

68. Ayant conclu son examen du chapitre 11 sur le droit de contrôle, le Groupe de travail est revenu, comme convenu, sur le projet d'article 56-1 d) concernant la fin du droit de contrôle ou son transfert au destinataire (voir par. 36 ci-dessus). Compte tenu des vues divergentes et bien arrêtées sur la question exprimées au sein du Groupe de travail, la solution de compromis ci-après a été proposée pour ce projet d'article:

a) La durée du droit de contrôle devrait être légèrement étendue par rapport à ce que prévoit le document A/CN.9/WG.III/WP.56 de sorte que ce droit prenne fin au moment de la livraison effective des marchandises, conformément au libellé proposé au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1;

b) Le projet d'article 56-1 d) devrait être ajouté à la liste des dispositions non impératives dans le projet d'article 60 de sorte que les parties puissent convenir de raccourcir la durée du droit de contrôle; et

c) La variante B du projet d'article 57-1 c) devrait être légèrement modifiée pour inclure le processus de livraison dans la disposition permettant au transporteur de refuser d'exécuter des instructions qui gêneraient ses activités normales.

69. En réponse à des questions soulevées concernant le fonctionnement prévu de cette solution de compromis, il a été précisé que la règle supplétive fixant la fin du droit de contrôle au moment de la livraison effective serait énoncée au projet d'article 56-1 d) mais que la durée de ce droit pourrait être modifiée par convention entre les parties, en vertu du projet d'article 60. Il a été expliqué en outre que la référence au processus de livraison dans la variante B du projet d'article 57-1 c) visait à fournir au transporteur une protection supplémentaire contre des contraintes excessives, en lui permettant de refuser d'exécuter des instructions données par la partie contrôlante une fois qu'il avait entamé le processus de livraison.

70. Si certaines délégations ont dit préférer voir le texte de compromis avant de l'approuver, dans l'ensemble, cette approche a été fermement appuyée. Certains ont réaffirmé que, la durée du droit de contrôle étant déjà fixée dans le chapeau du projet d'article 54, il n'était pas nécessaire de préciser au projet d'article 56-1 d) le moment où ce droit prenait fin. Cela dit, il a été fait remarquer que, pour inclure la règle sur la fin du droit de contrôle parmi les dispositions non impératives dans le projet d'article 60, il faudrait qu'elle soit d'abord explicitement énoncée. D'autres ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de faire expressément référence au processus

de livraison dans la variante B du projet d'article 57-1 c), ce concept étant déjà englobé dans les activités normales du transporteur. D'un point de vue rédactionnel, il a été observé que, lors de la modification du texte pour transposer la solution de compromis proposée, il faudrait aussi examiner la question du chevauchement possible entre le projet d'article 55-2, faisant obligation de mentionner toute modification du contrat de transport dans le document de transport, ou l'enregistrement électronique concernant le transport, et le projet d'article 60.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 56-1 d)

71. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le secrétariat devrait être prié de rédiger un texte reflétant la solution de compromis présentée au paragraphe 68 ci-dessus, en accordant l'attention voulue aux questions rédactionnelles soulevées à ce sujet.

Questions de fond qu'il est envisagé de traiter dans le projet de convention

72. Avant que le Groupe de travail ne passe au sujet suivant qu'il avait prévu d'examiner (voir A/CN.9/WG.III/WP.60, par. 26), il a été proposé de reconsidérer les questions de fond qu'il était actuellement envisagé de traiter dans le projet de convention. Il a été observé que, compte tenu du dernier délai fixé par la Commission pour l'achèvement des travaux sur le projet[2], le Groupe de travail était soumis à certaines contraintes de temps pour terminer sa tâche. On a fait remarquer que si toutes les questions de fond actuellement incluses dans le projet étaient considérées comme importantes et dignes d'être l'objet d'une tentative d'harmonisation juridique sur le plan international, certaines étaient plus controversées que d'autres et exigeaient d'être traitées plus en détail et, de ce fait, n'avaient peut-être pas leur place dans le projet de convention. Il a également été dit que ces questions, bien qu'importantes, ne faisaient pas partie du même groupe que les matières principales du projet de convention, qui comprenaient des dispositions relatives notamment au régime de responsabilité et au commerce électronique. On a estimé qu'il vaudrait probablement mieux que les questions les plus difficiles et les plus complexes, comme le droit de rétention des marchandises, le droit de gage, la position des tiers par rapport au contrat de transport, le transfert des responsabilités et le fret, soient examinées plus en détail et pour inclusion éventuelle dans un autre type d'instrument international, tel qu'une loi type.

73. On a indiqué que l'inscription de certaines des questions les plus difficiles du projet de convention à l'ordre du jour de travaux ultérieurs qui seraient menés, indépendamment de ce projet, présentait plusieurs avantages:

a) Le texte du projet de convention serait plus simple et plus efficace;

b) Il pourrait être plus largement accepté;

c) Les questions juridiques les plus complexes pourraient être traitées de manière plus adéquate dans le cadre d'un instrument juridique international plus souple, tel qu'une loi type;

---

[2] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 182.

d) Davantage de temps pourrait être consacré aux questions les plus difficiles; et

e) Le projet de convention ainsi simplifié pourrait être achevé plus rapidement.

74. Compte tenu de cette préoccupation générale, on a proposé que le Groupe de travail envisage de recommander à la Commission d'inscrire ces questions à son ordre du jour pour examen comme travaux futurs. Il a été dit que si le Groupe de travail approuvait cette approche, il pourrait demander au secrétariat de l'aider à élaborer cette recommandation à la Commission.

75. Cette suggestion a été vivement appuyée dans le Groupe de travail. S'il a été convenu que toute décision de supprimer des questions de fond du projet de convention actuel pour les inscrire sur la liste des sujets plus complexes en vue de travaux futurs devrait faire l'objet de consultations, on a aussi estimé que le Groupe de travail pouvait commencer immédiatement à élaborer une liste préliminaire ouverte de ces questions.

Conclusions du Groupe de travail

76. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que certaines des questions les plus complexes et difficiles qui étaient actuellement traitées dans le projet de convention ne devraient plus être examinées pour le moment et être inscrites sur une liste en vue de travaux ultérieurs, peut-être dans le cadre d'une loi type ou d'un autre instrument juridique international plus souple.

Chapitre 12 – Transfert de droits

77. Compte tenu de sa décision de différer l'examen de certaines des questions les plus complexes, le Groupe de travail a été informé que le chapitre 12 relatif au transfert de droits était l'une de ces questions. Il a été dit que seul le projet d'article 62 devrait tomber dans la catégorie des questions qui seraient examinées ultérieurement, et que les projets d'articles 61 et 63 devraient être abordés par le Groupe de travail à sa session en cours. Selon un avis opposé, toutefois, le chapitre 12 tout entier devrait être supprimé du projet de convention. Bien qu'une telle suppression ait été jugée prématurée, l'avis selon lequel l'examen du chapitre entier devrait être différé a été appuyé.

Conclusions du Groupe de travail

78. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le chapitre 12 relatif au transfert de droits devrait être examiné à une date ultérieure, après des consultations.

Livraison au destinataire – Chapitre 10 (*suite*)

79. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet de chapitre 10 sur la livraison au destinataire remontait à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 188 à 239), mais que, faute de temps, celui-ci avait été interrompu jusqu'à la session en cours. Il a également été rappelé que son examen complet le plus récent de ce sujet remontait à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 62

à 99) et qu'un document contenant des informations relatives à la livraison lui avait été présenté par la délégation néerlandaise à sa seizième session (A/CN.9/WG.III/WP.57).

Projet d'article 49. Livraison lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

Projet d'alinéa c)

80. Le Groupe de travail a repris son examen du projet de chapitre 10 et a commencé par l'alinéa c) du projet d'article 49, poursuivant ainsi ses délibérations de sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 239). Il a été indiqué que cet alinéa était destiné à traiter un problème systémique particulier rencontré par les transporteurs, à savoir le fait que la partie contrôlante ou le chargeur leur donnait pour instruction de livrer les marchandises au destinataire sans présentation du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport. Il a été noté que cette pratique était assez courante dans certains secteurs, non seulement lorsqu'un document de transport négociable ne pouvait être présenté en raison de retards, par exemple dans le système de crédit, mais également lorsque aucun connaissement n'était émis, comme c'était souvent le cas dans le secteur pétrolier, ou lorsque le connaissement était détourné de sa fonction. L'alinéa c) avait pour but d'apporter une sécurité au transporteur dans de telles situations en le libérant de son obligation de livrer les marchandises au porteur.

81. L'application du projet d'alinéa c) a suscité quelques inquiétudes, car elle irait à l'encontre du principe ancien selon lequel la présentation du connaissement était nécessaire pour obtenir livraison des marchandises. Un autre problème soulevé était que, le connaissement continuant à circuler, un porteur pourrait se présenter par la suite et demander livraison des marchandises. La cohérence du régime prévu par le projet de convention a également été mise en doute puisque, dans le projet de chapitre sur le droit de contrôle, la partie contrôlante avait l'obligation de présenter le document de transport négociable au transporteur pour exercer son droit de contrôle et lui donner des instructions, de sorte que le transporteur savait toujours que la partie contrôlante était également le porteur du document négociable.

82. Il a été répondu que ce régime était destiné à prévenir les abus du système de connaissement, par exemple celui consistant à s'abstenir délibérément de présenter les titres représentatifs afin de les utiliser comme billets à ordre sans date d'échéance, et que la présentation du connaissement par la partie contrôlante pour donner des instructions au transporteur n'impliquait pas nécessairement la remise de ce connaissement pour obtenir livraison des marchandises. En réponse à la question de savoir si le vendeur FOB serait convenablement protégé, il a été dit que, dans le cas d'une vente FOB, le vendeur serait protégé car il serait également le porteur du document ou de l'enregistrement électronique négociable, et serait donc aussi la partie contrôlante qui donnerait les instructions de livraison au transporteur.

83. Certains se sont déclarés en faveur de la suppression de l'alinéa c). Toutefois, le Groupe de travail a pris note du problème d'abus du système de connaissement et approuvé les efforts visant à trouver une solution permettant d'offrir une certaine sécurité au transporteur. Bien qu'il ait été reconnu que l'examen complet de

l'alinéa c) dépendrait de celui des dispositions connexes des projets d'alinéas d) et e) par le Groupe de travail, l'alinéa c) a été appuyé.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'alinéa c)

84. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver le texte du projet d'alinéa c) tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 comme base de ses délibérations futures.

Variante A, comprenant le projet d'alinéa d); et variante B, comprenant les projets d'alinéas d) et e)

85. Il a été dit que les deux variantes du projet d'alinéa d) avaient pour but d'indiquer que le porteur du document de transport négociable ou de l'enregistrement électronique négociable concernant le transport ne conservait pas de droit à la livraison des marchandises une fois la livraison effectuée. Il a été proposé de clarifier ce point dans le projet.

86. L'avis a été exprimé que les variantes A et B du projet d'alinéa d) étaient extrêmement différentes car le texte entre crochets de la variante A excluait de son champ d'application les cas, visés au projet d'alinéa c), où les marchandises étaient livrées sans présentation de documents, alors que la variante B se référait explicitement à ces cas. La variante B a donc été jugée préférable car elle apportait des garanties supplémentaires pour les situations relevant du projet d'alinéa c). On a cependant exprimé la crainte que la variante B ne soit trop restrictive car elle pouvait être interprétée comme ne s'appliquant qu'aux livraisons effectuées conformément au projet d'alinéa c) et pourrait donc limiter la protection des porteurs de bonne foi n'entrant pas dans le champ d'application de ce projet d'alinéa.

87. Il a également été fait référence à la protection du porteur dans les cas où plusieurs originaux d'un connaissement étaient émis. Il a été noté que, dans ces cas, la pratique commerciale autorisait le porteur de l'un de ces originaux à recevoir livraison des marchandises, situation qui était couverte par le projet d'alinéa a). Il a été suggéré que l'obligation de mentionner au recto du connaissement le nombre d'originaux émis devrait être insérée dans le projet d'alinéa d) ou dans le projet de chapitre 9 sur les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport, comme proposé au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.62, et il a été suggéré de repousser l'examen de la question jusqu'à l'examen du chapitre 9 (voir par. 227, 230 et 233 ci-dessous).

88. En réponse à une question, il a été indiqué que la référence à un "arrangement contractuel ou autre différent du contrat de transport" au projet d'alinéa d) était destinée à protéger tous les porteurs de bonne foi de documents négociables. Il a également été précisé que, dans le cas des banques émettant des lettres de crédit, la protection offerte par le projet d'alinéa d) s'appliquerait non seulement aux situations où la banque avait déjà confirmé la lettre et était donc tenue d'accepter le document négociable, mais aussi à celles où la banque intermédiaire avait seulement été désignée et n'était donc pas encore soumise à cette obligation.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'alinéa d)

89. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver le texte des projets d'alinéas d) et e) [variante B] tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 comme base de ses délibérations futures; et

– De prier le secrétariat d'envisager de modifier le texte de la variante B en tenant compte de la discussion ci-dessus.

Projet d'article 50. Instructions insuffisantes

90. Il a été indiqué que le projet d'article 50 avait pour but d'offrir une garantie au transporteur dans les situations, fréquentes en pratique, où il ne pouvait livrer les marchandises en raison d'instructions insuffisantes de la partie contrôlante ou du chargeur dans le cadre des projets d'articles 48 et 49 ou de l'impossibilité de les trouver. Il a été dit que l'adjectif "insuffisantes", pour qualifier les "instructions", risquait de poser des problèmes d'interprétation et qu'on pourrait éventuellement le préciser, en indiquant, par exemple, que les instructions devraient être suffisantes pour permettre la livraison des marchandises.

91. Il a été proposé de supprimer la référence aux projets d'articles 52 et 53 dans le projet d'article 50, mais de conserver la référence au projet d'article 51 car seule cette disposition prévoyait les droits que le transporteur pouvait exercer. Il a été répondu que les projets d'articles 52 et 53 étaient importants pour l'application du projet d'article 50. En particulier, il a été expliqué que le projet d'article 52 visait les situations où le document de transport contenait une obligation d'adresser un avis d'arrivée des marchandises à destination, éventuellement à une partie autre que la partie contrôlante, et où un tel avis n'avait pas été envoyé.

92. Il a été suggéré d'ajouter une référence au destinataire dans le projet de disposition car, une fois les marchandises arrivées à destination, il se pouvait que la partie contrôlante et le destinataire ne soient pas les mêmes personnes.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 50

93. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le secrétariat devrait envisager de modifier le texte du projet d'article 50 en tenant compte des préoccupations exprimées dans la discussion ci-dessus.

Projet d'article 51. Marchandises non livrables

94. Il a été indiqué que le projet d'article 51 visait à fournir des droits et des moyens au transporteur dans les cas où il avait tenté de livrer les marchandises mais n'avait pas pu le faire, soit parce que le destinataire n'en avait pas pris livraison, soit parce qu'il avait été empêché de les livrer au destinataire en raison de la loi ou de la réglementation applicable.

95. Il a été dit que le projet d'article 51 devait être expressément relié au projet d'article 50, pour ne pas donner l'impression que ce dernier accordait les droits indiqués au transporteur indépendamment de tout manquement de la part de la partie contrôlante ou du chargeur à l'obligation de fournir des instructions suffisantes pour

la livraison. Des préoccupations ont été exprimées concernant la relation entre plusieurs dispositions du chapitre sur la livraison et on a appuyé l'avis selon lequel il fallait clarifier la relation entre les projets d'articles 46, 50, 51 et 53 en particulier. Il a aussi été estimé qu'une modification de l'ordre de certaines dispositions, par exemple la permutation des projets d'articles 52 et 51, ou la fusion éventuelle du projet d'article 52 avec certains éléments du projet d'article 51, pourrait contribuer à clarifier le fonctionnement prévu des dispositions.

Projet de paragraphe 1

96. S'agissant de l'alinéa a) du projet de paragraphe 1, il a été dit que deux types d'arrangements contractuels pouvaient être conclus concernant la garde des marchandises non livrables: un contrat ultérieur pour leur stockage ou un accord entre le chargeur et le transporteur selon lequel ils n'appliqueraient pas les voies de droit prévues au projet d'article 51 mais prendraient d'autres dispositions. On a estimé que le texte entre crochets, dans ce projet d'alinéa, n'était pas nécessaire à la formation d'un contrat ultérieur et devrait être supprimé. Il a en outre été dit qu'on pourrait tenir compte d'autres arrangements conclus par le chargeur et le transporteur en insérant à un endroit approprié de la disposition les mots "à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport". Ces propositions ont été soutenues mais on a dit qu'il fallait faire preuve de prudence concernant l'emplacement des mots "à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport" dans le projet de paragraphe 1, de façon à ne pas produire d'effets involontaires, tels qu'une modification du projet de paragraphe 2, du fait qu'il renvoyait au projet de paragraphe 1.

Projet de paragraphe 2

97. Il a été dit que pour clarifier davantage l'alinéa b) du projet de paragraphe 2, il faudrait préciser la référence aux "autres mesures [...] vis-à-vis des marchandises" pour y inclure la destruction des marchandises. Cette modification a été soutenue par le Groupe de travail, les transporteurs étant souvent amenés à agir rapidement pour détruire des marchandises laissées sous leur garde, lorsqu'elles étaient périssables ou étaient devenues dangereuses. Il a été demandé si ce droit de détruire les marchandises devait être conditionnel ou inconditionnel. En outre, on a estimé qu'il faudrait soumettre toute disposition sur la destruction des marchandises à la supervision des autorités locales, comme cela était prévu à l'alinéa c) du projet de paragraphe 2 en ce qui concerne la vente des marchandises.

98. Des préoccupations ont été exprimées concernant les mots "de l'avis du transporteur" à l'alinéa b) du projet de paragraphe 2, notamment si cet alinéa devait inclure la destruction des marchandises, comme on l'avait proposé. Il a été estimé qu'il faudrait supprimer ces mots au motif que l'opinion du transporteur était un critère trop subjectif, mais que le reste de la disposition, "que [...] les circonstances peuvent raisonnablement exiger", était approprié et devait être conservé. La crainte a été émise que la suppression des mots "de l'avis du transporteur" ne soit trop restrictive pour ce dernier dans des situations où il était nécessaire de prendre une décision rapidement, mais on a estimé que le critère restant du "caractère raisonnable" était suffisamment flexible pour être convenablement appliqué dans de telles situations. Il a aussi été proposé d'appliquer la condition des "circonstances raisonnables" non seulement à l'alinéa b), mais aussi aux alinéas a) et c) du projet

de paragraphe 2. On a exprimé l'avis qu'il fallait garder le contexte à l'esprit, pour fixer le critère approprié dans cette disposition, du fait qu'elle ne visait pas la disposition des marchandises pendant la durée du contrat de transport, mais donnait au transporteur les droits nécessaires pour prendre des mesures vis-à-vis des marchandises laissées sous sa garde après qu'il avait exécuté ses obligations en vertu du contrat de transport.

Conclusions du Groupe de travail concernant les projets de paragraphes 1 et 2

99. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait supprimer le texte figurant entre crochets à l'alinéa a) du projet de paragraphe 1;
- Que les mots "à moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport" devraient être insérés à un endroit approprié de l'alinéa a) du projet de paragraphe 1;
- Qu'il faudrait ajouter une disposition sur la destruction des marchandises à l'alinéa b) du projet de paragraphe 2 et envisager d'exiger la présence des autorités locales pour une telle disposition des marchandises;
- Qu'il faudrait supprimer les mots "de l'avis du transporteur" de l'alinéa b) du projet de paragraphe 2;
- Qu'il faudrait modifier l'intitulé du projet d'article pour mieux refléter son contenu;
- Qu'il faudrait examiner l'ordre et l'articulation des dispositions dans le projet de chapitre sur la livraison en vue de clarifications et de modifications éventuelles, notamment pour ce qui est de l'emplacement du projet d'article 52;
- Que le secrétariat devrait être prié d'envisager et de rédiger les modifications devant être apportées au texte, compte tenu de la discussion ci-dessus.

Projet de paragraphe 3

100. On s'est quelque peu inquiété de la deuxième partie du projet de paragraphe 3, estimant que les mots "sous réserve de déduire toute dépense supportée en rapport avec les marchandises et tout autre montant qui lui est dû" pouvaient être interprétés comme englobant des montants dus au transporteur pour d'autres expéditions de marchandises. Il a été répondu, et ce point de vue a été appuyé, que telle n'était pas l'intention de la disposition, et on a considéré que le texte pourrait être clarifié si l'on plaçait les mots "en rapport avec les marchandises" à la fin de la phrase. Une question a été soulevée concernant cette clarification et l'avis a été exprimé que le transporteur devrait avoir le droit de déduire du produit de la vente tous montants qui lui étaient dus pour des transports précédents. Cette approche n'a toutefois pas été acceptée et on a appuyé le point de vue selon lequel la disposition devrait viser les montants qui donneraient au transporteur une sûreté sur les marchandises en question, mais que le destinataire de ces marchandises ne devrait pas être tenu des dettes qui n'étaient pas liées aux marchandises.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 3

101. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que, cette disposition étant soutenue, le secrétariat devrait être prié d'envisager de modifier le texte pour le clarifier, compte tenu de la discussion ci-dessus; et

– Que l'on pourrait envisager d'employer les mots "marchandises non réclamées" et non les mots "marchandises non livrables".

Projet d'article 52. Avis d'arrivée à destination

Projet d'article 52

102. Il a été estimé que le libellé actuel du projet d'article était trop restrictif, du fait qu'il ne traitait que de l'avis d'arrivée des marchandises à destination. Or, dans la pratique, les transporteurs étaient souvent confrontés à la nécessité de prendre dans l'urgence des mesures de protection ou autres à l'égard de marchandises qui n'étaient pas arrivées à destination, par exemple à la suite d'un sinistre. Il a été suggéré d'étendre le projet d'article à ces situations également.

103. À cela on a objecté que le projet d'article était destiné à ne viser que les situations où les marchandises étaient arrivées à destination. L'obligation générale du transporteur de prendre soin des marchandises, par exemple, était énoncée dans le projet d'article 14, tandis que les voies de droit du transporteur dans le cas de marchandises pouvant devenir dangereuses étaient déjà traitées dans le projet d'article 15, et le droit du transporteur d'obtenir des instructions de la partie contrôlante était visé au projet d'article 59. Ensemble, ces dispositions accordaient déjà au transporteur le pouvoir dont il avait besoin pour agir dans des circonstances extraordinaires. Il a néanmoins été reconnu qu'il faudrait peut-être exprimer plus clairement la relation entre ces diverses dispositions dans une version ultérieure du projet de convention.

104. On s'est demandé si le transporteur devait adresser à la personne appropriée un avis spécifique de son intention d'exercer l'un des droits visés au paragraphe 2 du projet d'article 51. En réponse, il a été indiqué que le projet d'article 52 avait simplement pour objet de n'autoriser le transporteur à exercer tous droits prévus au paragraphe 2 du projet d'article 51 qu'à condition d'avoir avisé suffisamment à l'avance la personne appropriée de l'arrivée des marchandises à destination. En d'autres termes, un transporteur ne pourrait pas, par exemple, faire vendre des marchandises non réclamées s'il n'avait pas avisé la personne appropriée de leur arrivée à destination. Le projet d'article n'exigeait nullement un deuxième avis faisant explicitement référence aux mesures envisagées par le transporteur à l'égard des marchandises non réclamées pour que s'applique le paragraphe 2 du projet d'article 51.

105. Il a été convenu dans l'ensemble que le transporteur ne devrait pas se prévaloir du paragraphe 2 du projet d'article 51 s'il n'avait pas avisé la personne appropriée de l'arrivée des marchandises. À cet égard, il a été dit que le projet de convention devait expressément exiger une telle notification, en tant qu'obligation générale du transporteur, éventuellement dans une disposition qui serait placée plus haut dans le texte. Il a cependant été rappelé au Groupe de travail que lors de ses précédentes délibérations sur le projet d'article 46, il avait décidé que la Convention ne devrait

pas imposer d'obligation générale de notification de l'arrivée des marchandises (voir A/CN.9/591, par. 214). Il a en outre été suggéré de préciser dans la disposition l'ordre dans lequel les parties qui y étaient mentionnées devaient être avisées.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 52

106. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait conserver le contenu du projet d'article, mais préciser l'ordre dans lequel les parties qui y étaient mentionnées devaient être avisées; et
- Qu'il serait peut-être nécessaire de réexaminer l'emplacement approprié du projet d'article.

Projet d'article 53. Responsabilité du transporteur en cas de marchandises non livrables

Fusion éventuelle avec le projet d'article 46

107. Il a été noté que le projet d'article 53 et la deuxième phrase du projet d'article 46 portaient tous deux sur la responsabilité du transporteur lorsque les marchandises étaient laissées sous sa garde une fois parvenues à destination. Il a également été indiqué que, même si le champ d'application du projet d'article 51, auquel renvoyait le projet d'article 53, était plus étendu que celui du projet d'article 46, la responsabilité du transporteur dans les projets d'articles 46 et 53 était de nature similaire. Il a donc été proposé de fusionner le projet d'article 53 et la deuxième phrase du projet d'article 46 pour en faire une disposition unique. Cette proposition a été soutenue au sein du Groupe de travail, bien qu'il ait été noté que la responsabilité pour les marchandises ne serait pas transférée exactement au même moment dans le projet d'article 46 et dans le projet d'article 53.

Degré de responsabilité

108. Un grand nombre de délégations se sont dites mécontentes du faible degré de responsabilité du transporteur prévu par le projet d'article 53, qui exigeait un comportement intentionnel ou téméraire de sa part pour qu'il soit tenu responsable de la perte de marchandises non livrables. Dans le même temps, il a été estimé d'une manière générale que le degré de responsabilité ne devrait pas être aussi élevé que celui prévu dans le projet d'article 17 du projet de convention, sur la responsabilité générale du transporteur pour perte ou dommage subi par les marchandises pendant la durée de sa responsabilité, étant donné que dans le projet d'article 53 la garde des marchandises incombait au transporteur en raison de la défaillance du destinataire qui n'en avait pas pris livraison. L'avis selon lequel le degré de responsabilité du transporteur devrait se situer quelque part entre celui prévu dans le projet d'article 17 et celui du texte actuel du projet d'article 53 a été fortement soutenu.

109. Un certain nombre de vues différentes ont été exprimées sur la manière dont le degré de responsabilité du transporteur devrait être énoncé dans le projet de convention, si les projets d'articles 46 et 53 étaient fusionnés, afin d'être interprété d'une manière similaire dans tous les systèmes juridiques. Les propositions suivantes ont été faites à cet égard:

a) Faute grave; mais il a été estimé que ce concept était inconnu dans certains pays;

b) Soin raisonnable compte tenu des circonstances; mais il a été considéré par certains que ce critère rappelait celui de la diligence raisonnable, jugé trop élevé, et il a été dit que si ce critère était combiné avec celui de la faute, la responsabilité du transporteur atteindrait, dans certains pays, un niveau comparable à celle du projet d'article 17;

c) Obligation pour le transporteur de s'occuper des marchandises comme si c'étaient les siennes ou d'en prendre soin sans commettre de faute grave, bien que ce critère ne soit pas très connu; et

d) Adoption du degré de responsabilité fondée sur la faute prévu au projet d'article 17, mais sans renversement de la charge de la preuve.

110. Si chacune des options énumérées ci-dessus a bénéficié d'un certain soutien, il a été estimé qu'aucune proposition unique susceptible de donner lieu à une interprétation uniforme dans les différents systèmes juridiques n'avait été faite au cours de la discussion. Toutefois, on a considéré qu'il existait un accord suffisant au sein du Groupe de travail sur le degré de responsabilité du transporteur dans de telles circonstances pour qu'un projet de texte soit élaboré pour examen.

111. On a également émis l'avis que le degré de soin des marchandises non livrables devrait peut-être différer selon que le transporteur avait pris celles-ci sous sa propre garde ou les avait confiées à la garde d'un tiers. Il a été dit que, dans le premier cas, le transporteur devrait continuer à être responsable selon un critère plus strict, alors que, dans le deuxième, il ne devrait encourir de responsabilité que pour faute dans le choix du gardien. Toutefois, des doutes ont été exprimés quant à la nécessité de distinguer entre ces deux situations, étant donné que l'obligation du transporteur de prendre soin des marchandises ne pouvait probablement pas être déléguée à une autre partie.

Charge de la preuve

112. La question de la charge de la preuve en cas de perte ou de dommage subi par les marchandises dans la disposition fusionnant les deux articles a également été examinée et il a été proposé que le destinataire supporte cette charge puisque, en n'acceptant pas la livraison à la fin du contrat de transport, il obligeait le transporteur à prendre les marchandises sous sa garde. Cet avis a été soutenu.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 53

113. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De fusionner le projet d'article 53 avec la deuxième phrase du projet d'article 46;

– D'élever le degré de soin par rapport à celui actuellement exigé dans le projet d'article 53, tout en le maintenant à un niveau plus bas que dans le projet d'article 17, et de faire en sorte qu'il puisse être interprété d'une manière similaire dans tous les systèmes juridiques; et

– De demander au secrétariat d'élaborer, en se fondant sur les discussions ci-dessus, une nouvelle version du projet de disposition qui servirait de base pour ses délibérations futures.

Droit de rétention

114. Il a été rappelé au Groupe de travail que l'introduction d'une disposition régissant le droit du transporteur de retenir la cargaison dans certaines situations avait été suggérée à sa seizième session lors de la discussion sur le chapitre 10 du projet de convention relatif à la livraison au destinataire (voir A/CN.9/591, par. 221 et 222). Il a également été rappelé qu'une proposition sur ce droit du transporteur avait été présentée pour examen par le Groupe de travail à sa session en cours (A/CN.9/WG.III/WP.63).

115. Il a été indiqué que, si le Groupe de travail pouvait examiner les dispositions de fond sur le droit de rétention dans le cadre de la série plus vaste de questions à mettre de côté pour des travaux futurs possibles, l'obligation absolue pour le transporteur de livrer les marchandises en vertu du projet d'article 13 pourrait être interprétée comme empêchant le transporteur d'exercer un droit de rétention découlant d'une autre loi applicable. C'est pourquoi il a été proposé d'insérer dans le projet de convention une disposition précisant que celui-ci ne faisait pas obstacle au droit de rétention prévu par une autre loi applicable. Il a également été suggéré que l'on rédige cette nouvelle disposition en s'inspirant du texte figurant au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.63, tout en tenant compte de l'approche similaire adoptée dans le projet d'article 87 du projet de convention concernant les dispositions sur les avaries communes. Cette proposition a été soutenue, de même que celle de demander au secrétariat d'examiner l'emplacement le plus approprié pour cette nouvelle disposition et d'apporter les modifications rédactionnelles nécessaires à sa cohérence avec les dispositions existantes du projet de convention, en tenant particulièrement compte de la référence à la partie exécutante maritime au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.63.

116. Il a toutefois été recommandé de ne pas abuser des dispositions précisant l'intention du projet de convention de ne pas faire obstacle à la loi applicable en rapport avec les matières non spécifiquement régies par lui, car, a-t-il été estimé, si tous les cas n'étaient pas recensés dans le projet de convention, on pourrait en déduire que dans les cas non expressément mentionnés, le projet de convention avait effectivement l'intention d'empiéter sur la loi applicable.

Conclusions du Groupe de travail

117. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De demander au secrétariat de rédiger une nouvelle disposition sur le droit de rétention en se fondant sur les discussions ci-dessus et, en particulier, sur le texte figurant au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.63, pour insertion à un emplacement approprié dans le projet de convention.

Responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de manquement à des obligations prévues dans la Convention pour laquelle aucune disposition n'est encore prévue

118. Le Groupe de travail a été informé que, à l'occasion des consultations informelles sur le sujet de la livraison au destinataire, on s'était demandé si le projet de convention devrait contenir une disposition générale sur la responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de manquement à des obligations prévues dans le projet de convention pour laquelle aucune disposition n'était encore prévue (voir A/CN.9/WG.III/WP.57, par. 49 à 52).

119. Il a été estimé qu'une disposition générale de ce type pourrait être utile dans certains cas, comme par exemple lors d'une livraison à une personne autre que le destinataire. Il a cependant été aussi indiqué que si l'adoption d'une telle disposition pouvait présenter une certaine utilité dans son principe, sa rédaction risquait d'être excessivement complexe et longue et le texte final pourrait alourdir le projet de convention. On a dit aussi que la question devrait relever du droit interne et que certaines questions particulières, comme celles relatives à la limitation de la responsabilité pour livraison à une personne autre que le destinataire, seraient peut-être mieux traitées dans le chapitre du projet de convention sur la limitation de la responsabilité.

Conclusion du Groupe de travail

120. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il ne fallait pas insérer, dans le projet de convention, de disposition générale sur la responsabilité du transporteur et du chargeur pour laquelle aucune disposition n'est expressément prévue.

Champ d'application, liberté contractuelle et dispositions connexes

121. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent de la question du champ d'application et de la liberté contractuelle remontait à ses quatorzième et quinzième sessions (voir A/CN.9/572, par. 81 à 104, et A/CN.9/576, par. 10 à 109). Il a également été rappelé que des propositions sur le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes lui avaient été présentées pour examen à sa session en cours (A/CN.9/WG.III/WP.61, A/CN.9/WG.III/WP.65 et A/CN.9/WG.III/WP.70).

122. Le Groupe de travail a fait sienne la proposition d'examiner le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes en se fondant sur les suggestions de modifications présentées dans les trois documents précités (en particulier le document A/CN.9/WG.III/WP.61) et en abordant les principales questions en suspens suivantes:

a) Proposition de suppression du projet d'article 8-1 c) du projet de convention;

b) Nouveau texte proposé pour clarifier le projet d'article 9 sur le champ d'application du projet de convention;

c) Nouveau texte proposé pour le projet d'article 10 sur la protection des tiers aux contrats de transport sortant du champ d'application du projet de

convention et, en particulier, la question de savoir s'il était acceptable de définir ceux-ci sans se référer aux documents de transport ou aux enregistrements électroniques concernant le transport;

d) Nouveau projet d'article 20-5 proposé pour préciser davantage le champ d'application concernant les parties exécutantes maritimes;

e) Examen plus approfondi du projet d'article 94-2 sur l'application impérative de certaines dispositions du projet de convention aux chargeurs et à d'autres parties;

f) Texte modifié du projet d'article 95-1 sur les conditions d'exercice de la liberté contractuelle dans le cas des contrats de tonnage;

g) Examen plus approfondi du projet d'article 95-4 sur les dispositions impératives du projet de convention qui n'étaient pas susceptibles de dérogation;

h) Texte modifié du projet d'article 95-5 b) sur les conditions dans lesquelles les tiers pouvaient consentir à être liés par les termes d'un contrat de tonnage;

i) Le caractère approprié ou non du projet d'article 95-5 c) qui faisait retomber la charge de la preuve sur la partie se prévalant du contrat de tonnage; et

j) Toutes questions supplémentaires sur le champ d'application et la liberté contractuelle préoccupant le Groupe de travail.

Projet d'article 8. Champ d'application général

123. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 8 figurant dans les annexes du document A/CN.9/WG.III/WP.56 à la lumière des modifications proposées aux paragraphes 19 à 22 du document A/CN.9/WG.III/WP.61. Il a été proposé, et cette proposition a été appuyée, de supprimer les crochets entourant les mots "port de chargement" et "port de déchargement" aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du projet d'article 8 et de conserver ces mots afin que le texte soit conforme à la décision d'adopter ces facteurs de rattachement pour déterminer la compétence d'un tribunal dans les actions intentées contre le transporteur (voir A/CN.9/WG.III/WP.61, par. 21). En revanche, la proposition de supprimer les mots figurant actuellement entre crochets dans le chapeau du paragraphe 1 et de les remplacer par une note explicative appropriée accompagnant le projet de convention a suscité des inquiétudes.

Projet de paragraphe 1c). Incorporation du projet de convention ou de la loi applicable dans le contrat

124. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet de paragraphe 1 c) remontait à sa quinzième session (voir A/CN.9/576, par. 61), à laquelle il n'avait pas tranché entre la suppression ou le maintien de cette disposition. Il lui a été expliqué que cette question était examinée plus avant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.65, destiné à l'aider à prendre une décision sur ce point. Il a aussi été rappelé que la disposition en question était tirée de l'article 10 c) des Règles de La Haye-Visby, où elle avait été introduite par l'amendement de Visby afin d'étendre le champ d'application géographique plutôt limité des Règles de La Haye.

125. Selon un point de vue, le champ d'application actuel déjà large du projet de convention n'avait pas besoin d'une disposition telle que le projet de paragraphe 1 c) pour l'élargir encore, surtout si les problèmes susceptibles d'être créés par l'insertion de cette disposition risquaient de l'emporter sur les avantages d'un champ d'application légèrement plus étendu. Ces problèmes étaient, pensait-on, les suivants:

a) Le fait que l'on perpétuerait les divergences d'interprétation auxquelles avaient donné lieu les Règles de La Haye-Visby, en particulier à propos de savoir si la disposition était censée énoncer une règle sur le choix de la loi ou si elle visait simplement l'incorporation matérielle des dispositions du projet de convention par les parties au contrat de transport;

b) Le risque de créer un conflit compte tenu des nombreuses règles procédurales figurant dans les chapitres du projet de convention sur la compétence et l'arbitrage, qui seraient normalement régis par la *lex fori* et non par la loi de l'État choisi dans le contrat de transport;

c) Le fait que la partie exécutante maritime pourrait se trouver dans la situation contestable où elle serait assujettie au projet de convention même si elle avait accompli ses fonctions durant un transport entre des États non contractants;

d) Le fait que certains pays avaient rencontré des difficultés au niveau constitutionnel à cause de la règle en question, car les parties pourraient s'en servir pour soustraire un contrat de transport aux règles de droit impératives ou d'ordre public de l'État contractant; et

e) Le fait que la loi donnant effet au projet de convention conformément au paragraphe 1 c) pourrait différer des dispositions du projet de convention même, ce qui risquerait de créer d'autres conflits.

126. Si l'insertion dans le projet de convention du projet de paragraphe 1 c) risquait de créer les problèmes susmentionnés, sa suppression, a-t-on dit, n'empêcherait pas pour autant les parties d'incorporer le projet de convention dans les termes de leur contrat de transport, sous réserve des limites imposées par la loi applicable. Compte tenu de ces facteurs, la suppression de ce projet de paragraphe a été appuyée.

127. Le maintien de la disposition a cependant bénéficié lui aussi d'un certain soutien. On a fait valoir que si le projet de paragraphe 1 c) élargissait légèrement le champ d'application du projet de convention, sa suppression risquait, pour le transporteur, d'aboutir à la situation quelque peu compliquée où, dans un voyage simple avec plusieurs escales dans différents États contractants et non contractants, il se pourrait que seule une partie de la cargaison à bord du navire se trouve soumise au projet de convention. Parmi les autres avantages cités en faveur du maintien de la disposition, on a dit qu'il ressortirait plus clairement que les parties pouvaient appliquer le projet de convention conformément au principe de la liberté du choix de la loi et que, dans les systèmes dotés d'une cour de cassation, l'application du projet de convention en vertu de ce principe permettrait à cette cour d'examiner l'affaire en se fondant sur le projet de convention conformément au droit.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 8

128. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De supprimer les crochets entourant les mots “port de chargement” et “port de déchargement” aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 et de conserver ces mots; et

– De supprimer l’alinéa c) du paragraphe 1 de l’article 8 du projet de convention.

Projet d’article 9. Exclusions et inclusions particulières

129. Il a été rappelé au Groupe de travail que deux variantes pour le projet d’article 9 lui avaient été présentées aux fins d’examen (voir A/CN.9/WG.III/WP.61, par. 23, et A/CN.9/WG.III/WP.70, par. 6). Il a été indiqué que ces deux variantes avaient pour but de clarifier le texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 sans modifier le fond du projet de disposition relative aux types de contrats ou de clauses particulières exclus du champ d’application ou inclus dans celui-ci. La première variante conserverait le contenu du texte en le formulant différemment et la seconde simplifierait l’alinéa b) en disposant que le projet d’article 10 ne s’appliquerait pas “b) aux contrats de transport non régulier, sauf lorsque le contrat de transport est constaté uniquement par un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui atteste également la réception des marchandises.”

130. Il a été expliqué que le texte du projet d’article 9 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, paragraphe 23, visait à simplifier la disposition en soulignant la différence entre le transport régulier et le transport non régulier. En réponse à une question, il a aussi été expliqué que le texte proposé ne faisait plus référence expressément aux contrats de tonnage, puisque ceux-ci étaient inclus en tant que contrats de transport, en vertu de définitions légèrement modifiées (voir A/CN.9/WG.III/WP.61, par. 16), et que leur caractère de contrat de tonnage n’avait d’importance qu’au regard des dispositions sur la liberté contractuelle où ils étaient mentionnés et non au regard des dispositions sur le champ d’application. Des doutes ont subsisté à propos du traitement des contrats de tonnage dans la disposition proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 et il a été estimé que la question devrait probablement être étudiée de plus près.

131. La version simplifiée du projet d’article 9 proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.70, jugée préférable par certains, a reçu un accueil favorable. Il a cependant été estimé que la disposition présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, étant légèrement plus détaillée, aurait probablement plus de chances d’être interprétée de manière plus exacte.

132. Quelques modifications rédactionnelles ont été suggérées à la suite de préoccupations concernant l’usage commercial courant de certains termes. Il a été proposé notamment de préciser éventuellement le traitement accordé au transport de marchandises “en vrac” ou “en colis” car on a estimé que les tribunaux se référeraient peut-être dans l’avenir aux caractéristiques d’un transport plutôt qu’aux documents de transport ou à la relation sous-jacente entre les parties pour déterminer si le projet de convention s’appliquait. Enfin, on s’est de nouveau inquiété de ce que le texte ne mentionnait pas expressément les contrats d’affrètement et contrats similaires. Pour finir, des suggestions d’ordre rédactionnel ont été faites pour préciser l’intention et l’application des dispositions énoncées à l’alinéa b) i) et ii) du paragraphe 2.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 9

133. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du projet d'article 9 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, paragraphe 23, remplacerait celui du projet d'article 9 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

Projet d'article 10. Application à certaines parties

134. Il a été rappelé que le projet d'article 10 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 visait à protéger, dans le cadre du projet de convention, certains tiers lorsqu'un contrat, par exemple une charte-partie dans un transport non régulier, n'entrait pas dans le champ d'application du projet de convention. Il a été rappelé également qu'un texte visant à clarifier ce projet d'article était présenté au paragraphe 36 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 et que la proposition de soumettre le texte du paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.70 à l'examen du Groupe de travail avait été retirée.

135. On s'est inquiété de ce que le projet d'article 10 ne traitait pas de la protection des tiers dans le cadre du projet de convention mais plutôt de l'extension du champ d'application de ce dernier aux tiers et de l'augmentation des responsabilités qu'ils devaient assumer. Il a été ajouté que, par exemple, le projet d'article 34, auquel le projet d'article 10 renvoyait entre crochets, imposait certaines responsabilités au chargeur documentaire. À cela on a répondu que le projet d'article 34 autorisait aussi le chargeur documentaire à se prévaloir des droits et exonérations reconnus au chargeur par les chapitres 8 et 14. Un amendement a été proposé pour préciser que les dispositions liant le tiers porteur du connaissement à une convention d'arbitrage dans une charte-partie seraient respectées.

Approche documentaire ou non documentaire

136. Il a été indiqué que deux approches pouvaient être adoptées pour déterminer à quelles parties le projet de convention s'appliquerait en vertu du projet d'article 10: la première fondée sur l'émission d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport, et la seconde sur l'énumération des parties dans le projet d'article 10 sans exiger l'émission d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport. On a fait remarquer que le texte du document A/CN.9/WG.III/WP.56 avait adopté une approche documentaire, tandis que le texte du projet d'article 10 proposé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 suivait une approche non documentaire. Il a été expliqué que cette approche non documentaire avait été proposée étant entendu que le Groupe de travail avait exprimé précédemment une préférence pour l'approche documentaire, sauf si la liste des tiers à inclure dans le projet d'article 10 pouvait être clairement établie.

137. Il a été estimé que l'adoption d'une approche non documentaire au projet d'article 10 permettrait de mieux répondre aux besoins futurs de la pratique commerciale en supprimant la nécessité de se fonder sur un document ou un enregistrement électronique et en tenant compte des évolutions du commerce électronique. Il a été ajouté que le souci de conserver l'exigence d'un document dans le projet d'article 10 semblait moins pressant dans le projet de convention du

fait que le document visé pouvait aussi ne pas être négociable. Certaines hésitations ont toutefois été exprimées face à l'abandon de l'approche documentaire dans le projet d'article sans examen approfondi des conséquences éventuelles d'un changement si important dans le système actuel.

Maintien de la référence à la "personne visée à l'article 34"

138. Il a été noté que le projet d'article 10 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 faisait référence entre crochets au chargeur documentaire tel qu'identifié dans le projet d'article 34. Une préférence a été exprimée en faveur de l'insertion de cette référence dans la liste du projet d'article 10, car cette personne n'était pas partie au contrat de transport mais assumerait certaines obligations du chargeur et devrait pouvoir prétendre à la protection offerte par sa mention dans ce projet d'article. Selon l'avis opposé, toutefois, le chargeur documentaire assumait toutes les responsabilités du chargeur conformément au projet d'article 34, et l'insertion d'une référence au chargeur documentaire dans le projet d'article 10 risquait de poser des problèmes d'interprétation si le chargeur documentaire ne bénéficiait pas du même traitement que le chargeur.

Variante A ou variante B dans les alinéas a) et b) du projet d'article 10

139. Il a été noté aussi que les alinéas a) et b) du projet d'article 10 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 contenaient chacun deux passages entre crochets: la variante A qui faisait référence aux parties initiales au contrat de transport et la variante B qui se référait au transporteur et au chargeur. La référence au "transporteur" et au "chargeur" a été jugée préférable, car ces deux termes étaient définis dans le projet de convention, ce qui n'était pas le cas des "parties initiales". Selon un autre point de vue, cependant, les termes "transporteur" et "chargeur" pouvaient susciter des problèmes d'interprétation, compte tenu des termes employés dans la pratique commerciale, par exemple dans le cas des chartes-parties, où la partie n'était ni le chargeur ni le transporteur mais une partie initiale au contrat.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 10

140. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que le texte du projet d'article 10 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, paragraphe 36, remplacerait celui du projet d'article 10 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56;
- Que la question du maintien ou non des mots "la personne visée à l'article 34" dans le projet d'article 10 ne serait tranchée qu'après l'examen du projet d'article 34; et
- Que la référence aux parties initiales au contrat de transport (variante A) serait conservée aux alinéas a) et b) du projet d'article 10 et que la référence au transporteur et au chargeur (variante B) serait supprimée.

Projet d'article 20. Responsabilité des parties exécutantes maritimes

141. On a rappelé qu'il avait été proposé d'insérer, dans le projet d'article 20, un nouveau paragraphe 5, figurant au paragraphe 44 du document A/CN.9/WG.III/WP.61. Il a été indiqué que ce projet de disposition visait à résoudre

certaines difficultés liées à l'articulation entre le projet d'article 8, sur le champ d'application général du projet de convention, et le projet d'article 20, sur la responsabilité des parties exécutantes maritimes. Cette disposition avait tout particulièrement pour but d'empêcher que le projet de convention s'applique aux parties exécutantes maritimes qui exerçaient l'intégralité de leurs activités dans des États non contractants.

142. En réponse à une question, il a été expliqué que les mots "réception initiale" et "livraison finale" dans le paragraphe 5 correspondaient au texte adopté au projet d'article 77 (voir A/CN.9/591, par. 41), et qu'ils visaient à clarifier les choses pour éviter l'application du projet de convention aux parties exécutantes maritimes qui transportaient les marchandises d'un État non contractant à un autre État non contractant mais qui effectuaient un transbordement dans un port d'un État contractant au cours du voyage.

143. En réponse à une autre question, il a également été expliqué que le paragraphe 5 parlait du "lieu" où les marchandises étaient reçues ou livrées et non du "port", car une référence au "port" risquait de laisser subsister une lacune dans le champ d'application pendant que les marchandises étaient sous la garde de la partie exécutante maritime, dans les cas où celle-ci recevait ou livrait les marchandises en dehors de la zone portuaire dans un lieu à l'intérieur du pays.

144. Il a été proposé de passer en revue le texte du projet de convention pour y repérer les autres références aux parties exécutantes maritimes et vérifier si le paragraphe 5 devrait exclure seulement l'application du projet d'article 20 ou s'il devrait mentionner l'ensemble du projet de convention.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 5 du projet d'article 20

145. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du projet de paragraphe 5 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, paragraphe 44, devrait être inséré dans le projet de convention; et

– Que le secrétariat devrait être prié d'examiner les autres références aux parties exécutantes maritimes dans le projet de convention pour vérifier si les mots "le présent article" étaient appropriés.

Projet d'article 94 relatif à la validité de certaines clauses contractuelles

146. On a rappelé au Groupe de travail la teneur du projet d'article 94, qui traitait de la nature impérative du projet de convention pour ce qui était des obligations et des responsabilités du transporteur dans le paragraphe 1 et, dans le paragraphe 2, des obligations et des responsabilités du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur et du chargeur documentaire visé dans le projet d'article 34.

Version A/CN.9/WG.III/WP.56 ou A/CN.9/WG.III/WP.61

147. Le Groupe de travail a commencé par examiner la question générale de savoir s'il préférait le texte du projet d'article 94 énoncé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ou celui qui était énoncé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61. De l'avis général, la teneur des deux versions du texte était

censée être identique, mais le libellé du texte figurant au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 était plus clair, et par conséquent, préférable.

Projet de paragraphe 2

148. On a rappelé au Groupe de travail la teneur du projet de paragraphe 2, qui figurait entre crochets dans les deux documents, A/CN.9/WG.III/WP.56 et A/CN.9/WG.III/WP.61, et qui traitait expressément de la nature impérative que pourrait avoir le projet de convention pour ce qui était des obligations et des responsabilités du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou du chargeur documentaire visé dans le projet d'article 34. Dans ce contexte, le Groupe de travail a été amené à examiner s'il fallait ou non conserver dans son intégralité le texte du projet de paragraphe 2 et, dans l'affirmative, s'il fallait supprimer ou conserver l'expression "[ou alourdit]" aux alinéas a) et b) dudit paragraphe.

149. Il a été proposé que le projet de paragraphe 2 soit supprimé dans son intégralité car, a-t-on estimé, conformément au droit commercial, des dispositions impératives n'étaient nécessaires que pour protéger certaines parties, comme celles qui avaient un pouvoir de négociation insuffisant, et l'avis a été émis que les parties mentionnées dans le projet de paragraphe 2 n'avaient pas besoin de ce type de protection. D'autres raisons ont été invoquées en faveur de la suppression du projet de paragraphe 2. On a fait observer, notamment, que la nécessité d'établir des dispositions impératives pour protéger le chargeur et les autres parties devait être évaluée article par article, et non par le biais d'une disposition générale telle que celle énoncée dans le projet de paragraphe 2. Cette dernière opinion, de même que la proposition tendant à supprimer le projet de paragraphe 2 dans son intégralité, ont bénéficié d'un certain soutien.

150. Selon une autre opinion, le projet de paragraphe 2 devait être conservé, et les crochets supprimés, car cette disposition constituait un contrepoids adéquat à la disposition similaire contenue dans le projet de paragraphe 1, qui concernait les obligations et les responsabilités du transporteur. On a également fait observer que non seulement les chargeurs et les transporteurs devaient être protégés aux termes du projet de convention, mais aussi les destinataires, et que ces derniers devaient pouvoir se fier aux normes applicables aux chargeurs et aux transporteurs énoncées dans le projet de convention, sans courir le risque que l'on s'en écarte. Il a aussi été dit qu'en conservant certaines dispositions impératives dans le projet de convention on contribuait également à la sûreté et à la bonne marche du transport des marchandises.

151. Pour ce qui était de l'expression "[ou alourdit]" employée aux alinéas a) et b) du paragraphe 2, on a suggéré qu'elle soit supprimée, au moins à l'alinéa b), puisqu'il n'était pas possible d'augmenter le niveau de responsabilité actuellement illimité du chargeur dans le projet de convention. L'avis contraire a toutefois été lui aussi exprimé, à savoir que l'expression devait être conservée et les crochets supprimés pour faire en sorte que les chargeurs, qui étaient déjà exposés à une responsabilité illimitée fondée sur la faute, ne soient pas exposés, le cas échéant, à une responsabilité illimitée sans faute, si les clauses contractuelles faisaient passer la norme relative aux obligations du chargeur d'un régime de responsabilité fondée sur la faute à celui d'une responsabilité sans faute. Ces deux opinions ont chacune reçu un certain soutien.

152. On a suggéré de différer l'examen du projet de paragraphe 2 jusqu'à ce que le Groupe de travail ait examiné le projet de chapitre 8 relatif aux obligations du chargeur, ultérieurement au cours de sa session. Tout en soulignant que cette manière de procéder ne résoudrait pas toutes les questions en suspens liées au projet de paragraphe 2, puisque ce dernier ne se limitait pas aux chargeurs, on a estimé que l'examen du projet de chapitre 8 pourrait néanmoins être utile à cet égard.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 94

153. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le texte du projet de paragraphe 1 pouvait être conservé dans le projet de convention, tel qu'il figurait au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.III/WP.61; et

– Que le projet de paragraphe 2 serait conservé pour le moment tel qu'il figurait au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, et que l'examen de son libellé reprendrait lorsque le Groupe de travail aurait examiné le projet de chapitre 8 relatif aux obligations du chargeur.

Projet d'article 95. Règles spéciales pour les contrats de tonnage

154. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa seizième session il avait prié le Comité maritime international de préparer un document explicatif sur le traitement des contrats de tonnage dans le projet de convention pour illustrer plus en détail leurs implications juridiques et pratiques (voir A/CN.9/591, par. 221 et 244) et qu'un document avait été établi en conséquence (A/CN.9/WG.III/WP.66). Il lui a également été rappelé les travaux antérieurs qu'il avait menés à sa quinzième session (voir A/CN.9/576, par. 52 à 104) pour élaborer des dispositions sur les contrats de tonnage, et qui avaient abouti à l'actuel texte de compromis soigneusement mis au point (A/CN.9/WG.III/WP.56). Enfin, il a été noté qu'une version légèrement modifiée des dispositions sur les contrats de tonnage était présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 (voir par. 49) pour que le Groupe de travail l'examine, mais que, sauf indication contraire, cette version visait uniquement à améliorer la rédaction (voir A/CN.9/WG.III/WP.61, par. 49 à 61).

Projet de paragraphe 1

155. Malgré le large consensus qui s'était dégagé au sein du Groupe de travail à sa quinzième session concernant la liberté contractuelle dans les contrats de tonnage, on s'est à nouveau inquiété du risque de recours abusif à ce type de contrat dans le but de déroger aux dispositions du projet de convention, notamment dans les cas où le volume d'échanges pouvait être important. On a exprimé la crainte qu'il soit peut-être jugé incohérent de prévoir une si large liberté contractuelle de déroger à une convention obligatoire et on a estimé qu'une approche préférable consisterait à établir une liste des dispositions spécifiques susceptibles de dérogation. Selon un autre avis, les projets de paragraphes 1 et 5 et la définition des contrats de tonnage dans le projet d'article premier répondaient ensemble aux craintes émises précédemment au sujet de la protection suffisante à assurer aux parties contractantes. On s'est toutefois déclaré préoccupé par le fait que, si une certaine liberté contractuelle était généralement souhaitable et que les contrats de tonnage

n'étaient pas forcément contestables, l'alinéa b) du projet de paragraphe 1 risquait de ne pas protéger suffisamment les parties à ce type de contrat.

156. Dans l'ensemble, le Groupe de travail a fermement appuyé à la fois le régime général des contrats de tonnage prévu par le projet de convention et la version reformulée du projet de paragraphe 1, tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61. On a estimé que le cadre juridique des contrats de tonnage établissait un équilibre suffisant entre la nécessité d'offrir une certaine flexibilité commerciale en permettant de déroger au projet de convention dans certaines situations et la protection adéquate des parties contractantes.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 1

157. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet de paragraphe 1, tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, était généralement acceptable, aussi bien dans son approche que dans sa reformulation.

Projet de paragraphe 4 – Dispositions auxquelles il ne peut être dérogé

158. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il était souhaitable de prévoir dans le régime des contrats de tonnage établi par le projet de convention une liste de dispositions absolument impératives auxquelles il ne pourrait être dérogé, indépendamment de toute convention, comme celle qui était prévue dans le projet de paragraphe 4, tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61.

159. On s'est quelque peu inquiété de l'inclusion d'une telle disposition dans le projet de convention au motif qu'elle pourrait servir, dans l'interprétation ultérieure de la convention, à réintroduire le concept d'obligation absolue qui avait été soigneusement évité lors de l'élaboration des dispositions. La crainte était que certains pays pourraient utiliser la doctrine des obligations absolues pour passer outre aux dispositions du projet de convention sur la répartition de la responsabilité en cas de perte ou dommage dû à des causes multiples, ce qui serait une conséquence particulièrement indésirable. L'avis a par ailleurs été émis qu'une disposition comme celle du projet de paragraphe 4, qu'elle soit incluse ou non, aurait peu d'effet pratique car elle énumérerait forcément des dispositions manifestement impératives auxquelles il ne pourrait être dérogé. Selon un autre avis, les parties à un contrat de tonnage devraient jouir d'une pleine liberté contractuelle, de sorte que la seule obligation à laquelle elles ne pourraient déroger serait la responsabilité pour comportement intentionnel ou téméraire.

160. Cependant, on a fermement appuyé l'idée d'inclure dans le projet de convention une liste des dispositions impératives auxquelles il ne pourrait jamais être dérogé en vertu du régime des contrats de tonnage prévu par le projet de convention. Il a été estimé que même s'il y avait un risque de résurgence de la doctrine des obligations absolues, il serait plus dangereux de laisser le soin d'établir la liste des dispositions impératives aux tribunaux interprétant le projet de convention. Il a été estimé, en outre, que l'inclusion d'une disposition comme le projet de paragraphe 4 formait une partie importante du compromis global destiné à fournir une protection suffisante aux parties contractantes dans le cadre des contrats de tonnage.

Liste des dispositions dans le projet de paragraphe 4

161. Le Groupe de travail s'est aussi demandé quelles dispositions devraient figurer dans la liste établie dans le projet de paragraphe 4. Pour certains, seules les dispositions comportant un élément d'ordre public méritant protection devraient être conservées, telles que l'obligation de navigabilité imposée dans le projet d'article 16 et la disposition relative aux marchandises dangereuses du projet d'article 33. Des doutes ont été émis sur le point de savoir s'il convenait d'inclure l'obligation faite au chargeur dans le projet d'article 30 de fournir des informations et des instructions. On s'est aussi demandé si le texte renvoyant au projet d'article 66 était rédigé aussi clairement qu'il pouvait l'être. Bien qu'il ait été estimé que les parties ne devraient pas avoir la possibilité de déroger à la responsabilité pour un acte intentionnel, cela n'était pas formulé clairement dans le libellé du projet de paragraphe 4, qu'il faudrait peut-être améliorer. Des suggestions ont été faites pour allonger la liste des dispositions mentionnées dans le projet de paragraphe 4, par exemple y inclure les projets d'articles 11, 13, 14-1 et 17. Enfin, selon un autre avis, qui a été appuyé, toutes les références contenues dans l'actuel projet de paragraphe 4, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, devraient être conservées et les crochets supprimés.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 4

162. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il faudrait conserver dans le projet de convention le projet de paragraphe 4 tel qu'il figure au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61;
- Qu'il faudrait supprimer les crochets dans le projet de paragraphe 4 et conserver les références placées entre ces crochets; et
- Qu'il faudrait conserver la référence au projet d'article 66 et la clarifier de manière adéquate.

Projet de paragraphe 5 b)

163. Le Groupe de travail a examiné le texte modifié, tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, du projet de paragraphe 5 b) qui fixait les conditions dans lesquelles des tiers pouvaient consentir à être liés par les clauses d'un contrat de tonnage. Il a été expliqué que la première phrase de ce projet de paragraphe visait à poser le principe selon lequel les tiers ne seraient pas liés par les clauses d'un contrat de tonnage en vertu du projet de convention, à moins d'y avoir expressément consenti, tandis que la deuxième phrase abordait la question de la preuve du consentement exprès, et visait notamment à éviter que l'acceptation d'un document contenant des dispositions types puisse être interprétée comme un consentement exprès à être lié par les clauses d'un contrat de tonnage qui dérogeaient au projet de convention.

164. L'avis a été émis que la deuxième phrase du projet de paragraphe 5 b), jugée inutile eu égard à la première, devrait être supprimée, mais un large appui a été exprimé en faveur de son maintien au motif qu'elle offrait une protection importante aux tiers en fixant les conditions minimales du consentement.

165. En réponse à une question, il a été indiqué que les tiers qui n'exprimaient pas leur consentement à être liés par les clauses d'un contrat de tonnage en application du projet d'article 95 seraient protégés en vertu du régime général du projet de convention et ne seraient pas liés par les clauses du contrat de tonnage qui dérogeaient au projet de convention. Il a été indiqué en outre que, par exemple, lorsque la limite de la responsabilité du transporteur fixée dans un contrat de tonnage était inférieure à celle fixée par le projet de convention, un tiers n'ayant pas exprimé son consentement à être lié par les clauses du contrat ne serait pas lié par cette limite inférieure et aurait droit au montant total des dommages-intérêts autorisé dans la limite établie par le projet de convention. Il a toutefois été dit que les conséquences de l'absence de consentement exprès d'un tiers aux clauses d'un contrat de tonnage devraient être explicitées dans le projet d'article.

166. On a exprimé la crainte que la deuxième phrase du projet de paragraphe 5 b), qui fixait les conditions pour que les tiers soient liés par un contrat de tonnage, ne risque de donner lieu à des difficultés d'interprétation. Il a été dit que le projet de disposition devrait énoncer plus clairement les deux exigences imposées, à savoir que l'obligation était faite à la partie initiale d'informer les tiers des dérogations au projet de convention, et qu'il ne suffisait pas d'exprimer le consentement dans un barème public de prix et de services d'un transporteur, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport pour satisfaire à l'exigence du consentement exprès.

167. Il a été dit, en outre, que le projet de paragraphe 5 b) ne devrait pas permettre à une partie qui avait causé le défaut de consentement exprès du tiers, par exemple, en omettant de l'aviser des dérogations au projet de convention, de tirer parti de son propre manquement en invoquant les dispositions du projet de convention sur lesquelles les dérogations auraient prévalu. On a aussi expliqué que, par exemple, dans le cas où les parties à un contrat de tonnage étaient convenues de fixer une limite de la responsabilité pour perte des marchandises supérieure à celle qui était prévue dans le projet de convention et que le transporteur avait omis d'aviser le tiers de cette dérogation, le transporteur ne devrait pas pouvoir invoquer la limite inférieure fixée dans le projet de convention mais devrait être tenu d'appliquer les clauses convenues dans le contrat de tonnage, malgré l'absence de consentement du tiers.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 5 b)

168. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que les principes sur lesquels reposait le projet de paragraphe 5 b), tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, étaient acceptables; et
- Que le secrétariat devrait préparer une nouvelle version du projet de paragraphe 5 b) en tenant compte des vues exprimées ci-dessus.

Projet de paragraphe 5 c)

169. Le Groupe de travail a ensuite examiné le bien fondé du projet de paragraphe 5 c), tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, qui imposait la charge de prouver la validité d'une dérogation au projet de convention à la partie qui invoquait la dérogation contenue

dans un contrat de tonnage. Il a été précisé que le champ du projet de disposition avait été élargi par rapport à ce que prévoyait la disposition correspondante dans la dernière phrase du projet d'article 95-6 b) dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, de façon à étendre la charge de la preuve à toute partie se prévalant de la dérogation. La nouvelle version du projet de paragraphe 5 c), telle qu'elle figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, a été soutenue.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 5 c)

170. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet de paragraphe 5 c), tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, était acceptable.

Projet d'article 96. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises

171. Il a été proposé de supprimer le projet d'article 96 du projet de convention au motif que le commerce d'animaux vivants était un cas spécial qui sortait généralement du champ d'application des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby. En réponse, on a fait observer que le Groupe de travail avait déjà décidé de conserver ce projet de disposition (voir A/CN.9/572, par. 109). Il a également été dit que l'on pourrait préparer certaines modifications rédactionnelles, compte tenu des propositions contenues dans les paragraphes 63 à 67 du document A/CN.9/WG.III/WP.61.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 96

172. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet d'article 96, tel qu'il figurait au paragraphe 62 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, était acceptable quant au fond, sous réserve de toute modification rédactionnelle nécessaire.

Obligations du chargeur – Chapitre 8

173. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du chapitre du projet de convention sur les obligations du chargeur remontait à ses treizième et seizième sessions (voir A/CN.9/552, par. 118 à 161, et A/CN.9/591, par. 104 à 187). Il a également été rappelé que des propositions de texte révisé concernant les obligations du chargeur lui avaient été présentées pour examen à sa session en cours (voir A/CN.9/WG.III/WP.67 et A/CN.9/WG.III/WP.69).

174. Le Groupe de travail a approuvé la suggestion selon laquelle il devrait examiner les obligations du chargeur sur la base des propositions précitées en tenant compte des questions en suspens ci-après jugées fondamentales:

a) La modification ou non du projet d'article 29, relatif à l'obligation du transporteur d'aider le chargeur en lui fournissant des informations et des instructions, pour en faire une disposition sur le droit du chargeur de demander et d'obtenir des informations suffisantes ou une disposition générale fondée sur la

coopération mutuelle entre le chargeur et le transporteur et, compte tenu de la décision prise sur ce point, le maintien ou non du projet d'article 18;

b) L'élargissement ou non du champ d'application du projet d'article 29 au projet d'article 30, et éventuellement au projet d'article 33;

c) L'énonciation appropriée de l'obligation, dans le projet d'article 30 b), sur le respect par le chargeur des règles, règlements et autres exigences des autorités;

d) Le traitement dans le projet de convention des dommages indirects causés par des retards de la part à la fois du chargeur et du transporteur; et

e) Toute question supplémentaire sur les obligations du chargeur intéressant le Groupe de travail.

Projet d'article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions

175. Il a été dit au Groupe de travail que trois variantes (A, B et C) du projet d'article 29 figurant au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.67 étaient soumises à son examen, de même qu'un texte supplémentaire présenté pour ce même projet d'article, au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.69, identique à la variante C à l'exception de son titre et de l'emploi, dans la version anglaise, du mot "cargo" au lieu de "goods".

Variantes A, B ou C du projet d'article 29

176. La variante A, qui correspondait au texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, n'a reçu que peu de soutien dans le Groupe de travail, bien qu'il ait été dit qu'elle ne semblait pas différer sur le fond de la variante B.

177. La variante B a été préférée par un certain nombre de délégations pour différentes raisons. Même si elle était formulée sous l'angle du droit du chargeur, il a été estimé qu'elle exprimait de façon satisfaisante l'idée privilégiée par le Groupe de travail à sa session précédente (voir A/CN.9/591, par. 121 à 127), à savoir que la disposition devrait porter sur la coopération mutuelle entre le chargeur et le transporteur pour la fourniture d'informations et la bonne exécution du contrat de transport. Cette idée ressortait très clairement du fait que le projet d'article 29 renvoyait aux projets d'articles 28 et 30, qui contenaient les obligations principales du chargeur, et indiquait ainsi que le transporteur devait fournir l'assistance nécessaire au chargeur pour lui permettre de remplir ces obligations. Il a été proposé que les mots "dont le transporteur a connaissance et que le chargeur aura spécifiées" soient insérés dans la variante B après le mot "accessibles". L'avis selon lequel, dans la variante B, l'obligation pour le transporteur de fournir les informations demandées devrait être soumise à certaines limites a bénéficié d'un certain soutien, mais il a été dit que l'insertion du texte proposé pourrait permettre trop facilement au transporteur de se soustraire à l'obligation d'assister le chargeur en lui fournissant les informations nécessaires.

178. La variante C du projet d'article 29 a également été soutenue. L'avis a été émis que cette variante était une disposition plus générale, qui exprimait mieux l'opinion privilégiée par le Groupe de travail à sa dernière session, comme cela a été dit au paragraphe précédent. L'obligation de "bonne foi" énoncée dans cette variante a

cependant suscité quelque inquiétude car, bien que courante dans certains systèmes juridiques, elle pourrait être considérée comme purement incitative dans d'autres.

179. Selon un autre avis encore, les variantes B et C ne différaient pas substantiellement et certains ont estimé qu'il était difficile de choisir entre les deux. Il a néanmoins été convenu dans l'ensemble que la variante C était plus large et plus générale que la variante B. On s'est cependant inquiété de ce que cette variante C prévoyait une règle si générale et si élémentaire qu'elle ne précisait pas suffisamment les droits ou obligations juridiques. Il a été estimé que la variante B remplissait mieux cette fonction et qu'elle constituait une position intermédiaire entre l'énonciation d'obligations strictes et celle d'une obligation générale des deux parties de coopérer. Par ailleurs, certains ont émis l'avis que, si le Groupe de travail n'acceptait pas de limiter les informations qu'un transporteur serait obligé de fournir en vertu de la variante B, ou si la référence au projet d'article 30 dans cette variante était supprimée (voir par. 182 à 184 et 186 ci-dessous), la variante C conviendrait mieux pour le projet d'article 29.

180. Il a été estimé que, compte tenu de l'importance de l'obligation mutuelle du chargeur et du transporteur de coopérer dans la fourniture d'informations pour l'exécution du contrat de transport, il vaudrait mieux mettre cette obligation plus en évidence dans le projet de chapitre. On a dit qu'il serait possible d'y parvenir en incorporant le contenu du projet d'article 29 dans le projet d'article 28-1. Une autre proposition rédactionnelle a été d'élargir la référence actuelle, dans la variante C, aux "informations et instructions requises pour la manutention et le transport sûrs des marchandises", qui pourrait être interprétée de manière trop restrictive comme renvoyant uniquement au projet d'article 30 a) et b) (voir par. 183 et 184 ci-dessous).

181. Selon un autre point de vue, le projet d'article 31 était le fondement de la responsabilité du chargeur et, dès lors que cette disposition essentielle appliquait la règle de la responsabilité pour faute au chargeur pour non-respect des obligations qui lui incombaient en vertu des projets d'articles 28 et 30, le projet d'article 29 était inutile et devrait être supprimé. La suppression pure et simple de ce projet d'article n'a pas été appuyée. En revanche, l'avis selon lequel l'examen des projets d'articles 29 et 30 par le Groupe de travail dépendait de celui du projet d'article 31 énonçant une règle appropriée de responsabilité pour faute en rapport avec les obligations du chargeur a été fortement soutenu. De plus, il a été observé qu'il devait aussi être tenu compte du projet d'article 17-3 h) dans la discussion, car il exonérait le transporteur de tout ou partie de sa responsabilité s'il pouvait prouver que la perte ou le dommage subi par les marchandises étaient dus à un acte ou à une omission du chargeur.

Renvoi dans le projet d'article 29 au projet d'article 30

182. Il a été proposé d'étendre le champ d'application du projet d'article 29 en y faisant référence au projet d'article 30 et éventuellement au projet d'article 33-2. Selon un avis, il serait sans doute difficile de restreindre le projet d'article 30 en en modifiant le libellé, mais le fait de soumettre la disposition aux obligations mutuelles du projet d'article 29 serait un bon moyen de limiter l'étendue des obligations incombant au chargeur dans ce projet d'article 30.

183. Des doutes ont été émis quant à l'opportunité d'insérer dans le projet d'article 29 une référence au projet d'article 30. Il a été estimé que le renvoi au projet d'article 28 était suffisant, car le projet d'article 29 avait pour objet d'apporter au chargeur toute aide nécessaire en matière d'information émanant du transporteur afin qu'il puisse s'acquitter de son obligation de préparer convenablement les marchandises pour le transport. On a estimé que les obligations imposées au chargeur par le projet d'article 30 avaient trait à des informations qui relevaient largement, sinon exclusivement, de celui-ci et que, par conséquent, le transporteur ne pouvait l'aider à les obtenir. On a noté, en particulier, que les alinéas a) et c) du projet d'article 30 concernaient la manutention et les caractéristiques des marchandises, aspects pour lesquels, selon un avis, le transporteur ne pouvait être d'un grand secours. Cet avis a bénéficié d'un certain soutien.

184. Des préoccupations ont toutefois été formulées à propos de certains alinéas du projet d'article 30. Certains ont appuyé l'insertion dans le projet d'article 29 d'un renvoi à l'alinéa a), mais un soutien plus large a été exprimé en faveur de l'inclusion d'une référence à l'alinéa b) seulement, car il a été estimé que ce dernier, en mentionnant le "transport prévu", exigeait clairement que certaines informations soient fournies par le transporteur au chargeur afin que celui-ci puisse s'acquitter des obligations imposées par ce même alinéa. On a exprimé la crainte, cependant, que l'insertion dans le projet d'article 29 d'un renvoi à l'alinéa b) du projet d'article 30 n'ait pour effet de réglementer de manière excessive l'obligation énoncée dans cet alinéa au point d'enfermer le chargeur et le transporteur dans un cercle vicieux où ils se renverraient la responsabilité d'un défaut d'information. Cet exemple, a-t-on dit, montrait, en particulier, que la version plus générale du projet d'article 29 proposée dans la variante C (voir ci-dessus par. 179 et 180) était préférable à la variante B pour éviter les difficultés posées par un excès de détail.

Maintien du projet d'article 18

185. L'avis a été émis que la décision du Groupe de travail concernant le choix entre les variantes A, B ou C du projet d'article 29 dépendait, dans une certaine mesure, de sa décision de conserver ou non le projet d'article 18 dans le projet de convention. Il a cependant été rappelé que le Groupe de travail avait décidé à sa session précédente de supprimer ce projet d'article en attendant les instructions de quelques délégations (voir A/CN.9/591, par. 184 à 187). Bien qu'il ait été dit que, s'il décidait de retenir la disposition générale prévue dans la variante C du projet d'article 29, il voudrait peut-être s'interroger sur l'opportunité de maintenir la disposition plus précise sur la responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions prévue dans le projet d'article 18, le Groupe de travail a décidé de supprimer ce projet d'article.

Conclusions du Groupe de travail concernant les projets d'articles 29 et 18

186. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De prier le secrétariat de réviser le texte du projet d'article 29 en se fondant sur l'approche de la variante C présentée dans le paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.67, avec quelques modifications pour tenir compte des remarques formulées dans la discussion ci-dessus; et

– De supprimer le projet d'article 18 du projet de convention.

Projet d'article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents

187. Il a été rappelé au Groupe de travail que trois variantes de l'alinéa b) du projet d'article 30 lui avaient été présentées pour examen: les variantes A et B au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.67, et la version proposée au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69. Il a été expliqué que la variante A correspondait au texte de l'alinéa b) tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, et que le texte du paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69 différait légèrement de celui de la variante B en ce qui concerne tant le chapeau du projet d'article que le texte même de l'alinéa b).

Chapeau du projet d'article 30

188. Il a été expliqué que, dans le texte du chapeau du projet d'article 30 figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69, les mots "concernant les marchandises" avaient été insérés après le mot "documents". L'insertion de ces mots a été généralement approuvée car elle rendait les obligations énoncées dans ce projet d'article plus précises et leur étendue plus appropriée.

Texte de l'alinéa b) du projet d'article 30

189. Une certaine préférence a été exprimée pour la variante A, car son libellé était simple pour une disposition dont il a été dit qu'elle devenait très complexe lorsque l'on cherchait à entrer davantage dans le détail. D'aucuns ont cependant rétorqué que cette variante était trop générale et trop imprécise et qu'il fallait plus de détails pour bien circonscrire les obligations d'information du chargeur.

190. Il a été expliqué que, si une règle de responsabilité fondée sur la faute du chargeur comme prévue dans le projet d'article 31 aiderait à limiter l'étendue des obligations du chargeur dans le projet d'article 30, il a été estimé que l'alinéa b) de ce dernier devrait aussi être davantage précisé. Il a été expliqué que le texte de cet alinéa tel que proposé au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69 visait à montrer clairement que les informations demandées au chargeur conformément aux règles, règlements et autres exigences des autorités publiques seraient probablement sollicitées dans deux scénarios: si le chargeur était tenu par la loi applicable de fournir ces informations, ou si le transporteur avisait le chargeur en temps utile des informations dont il avait besoin. Il a en outre été estimé que le chargeur ne serait pas tenu de fournir ces informations si le transporteur y avait déjà raisonnablement accès.

191. Si le texte, plus précis, du projet d'alinéa b) contenu dans le paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69 a été généralement appuyé, sa structure a suscité quelques préoccupations. Il a été dit que, si les mots "loi applicable" dans le projet de sous-alinéa i) étaient censés désigner les règles impératives de droit public, cette disposition ne devrait pas figurer en tant qu'alternative au sous-alinéa ii), car les règles de droit public s'appliqueraient qu'elles soient ou non mentionnées dans le projet de convention. Des questions ont été posées, par ailleurs, sur les types de scénarios envisagés dans le projet de sous-alinéa i). Il a été précisé, en réponse, que cette disposition visait à satisfaire, par exemple, à certaines obligations en matière

de sûreté, telles que celles faites au transporteur de remettre le manifeste, pour lequel il devrait obtenir des informations auprès du chargeur, aux autorités douanières d'un pays donné 24 heures avant le chargement du navire pour l'importation des marchandises dans ce pays.

192. Plusieurs questions ont également été soulevées à propos du libellé de l'alinéa b) proposé au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69. On s'est inquiété de l'emploi des mots "government authorities" en anglais, jugés imprécis, et il a été estimé que des expressions telles que "local authorities" (autorités locales) ou "public authorities" (autorités publiques) ou simplement "authorities" (autorités) conviendraient mieux. Des inquiétudes ont aussi été exprimées à propos des termes "règles et règlements" et l'on a dit qu'il faudrait peut-être revoir ce texte. Les mots "loi applicable" ont également suscité plusieurs préoccupations, car ils pouvaient désigner la loi du contrat de transport ou les règles de droit public, et il a été estimé que le texte pourrait gagner en clarté si on les supprimait purement et simplement. On s'est aussi demandé si les mots "le chargeur est tenu par la loi applicable" étaient appropriés, car il était peu probable qu'une loi spécifie qui devait fournir les informations en question. Il a été proposé également de remplacer "indique en temps utile" par "notifie en temps utile" et de faire également référence au "transport prévu" comme dans la variante A.

193. En outre, compte tenu des discussions ci-dessus, plusieurs délégations ont réaffirmé qu'il importait de conserver pour le chargeur un régime de responsabilité fondée sur la faute comme prévu au projet d'article 31.

Conclusions du Groupe de travail concernant l'alinéa b) du projet d'article 30

194. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De fonder le texte de l'alinéa b) du projet d'article 30 sur celui figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69; et
- De prier le secrétariat d'apporter les modifications nécessaires à ce texte en tenant compte des préoccupations soulevées dans les paragraphes ci-dessus.

Projet d'article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses

Nécessité d'une obligation semblable à celle prévue dans le projet d'article 29

195. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa seizième session on avait exprimé la crainte que le paragraphe du projet d'article 33 faisant obligation au chargeur d'apposer sur les marchandises dangereuses une marque ou une étiquette conformément aux règles locales applicables selon l'étape du transport n'impose des contraintes trop lourdes au chargeur, si ce dernier ignorait l'itinéraire prévu (voir A/CN.9/591, par. 163). L'idée avait alors été émise qu'il serait peut-être souhaitable de demander au transporteur de fournir les informations nécessaires au chargeur pour permettre à ce dernier de s'acquitter de ses obligations au titre du projet d'article 33. Il a été proposé, pour répondre à cette préoccupation, d'insérer dans le projet d'article 33 un nouveau paragraphe 4, tel qu'il figurait au paragraphe 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.67.

196. Compte tenu de la décision du Groupe de travail de réviser la variante C du projet d'article 29 qui énonçait une obligation générale de coopération mutuelle

entre le chargeur et le transporteur (voir le paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.67), il a été estimé que ce nouveau paragraphe 4, ayant pour but de refléter les obligations plus précises de la variante B du projet d'article 29, ne conviendrait pas. Le Groupe de travail dans son ensemble a appuyé l'avis selon lequel un libellé approprié, fondé sur l'approche adoptée dans la variante C du projet d'article 29, rendrait l'insertion de ce paragraphe inutile.

197. Il a toutefois été rétorqué que, puisque le projet d'article 30 b) ii) (figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69) concernant l'obligation du transporteur d'indiquer en temps utile au chargeur les informations dont il avait besoin était encore jugé nécessaire malgré l'adoption d'une disposition semblable à la variante C du projet d'article 29, il faudrait peut-être aussi clarifier davantage l'obligation faite dans le projet d'article 33. Compte tenu de cette possibilité, il a été estimé que le projet de nouveau paragraphe 4 devrait être inséré entre crochets dans le projet d'article 33 pour examen ultérieur par le Groupe de travail, ou bien qu'une disposition semblable au projet d'article 30 b) qui limiterait l'obligation du chargeur pourrait être insérée dans le paragraphe approprié du projet d'article 33. En réponse, il a été dit que, l'obligation faite dans le projet d'article 30 b) étant beaucoup plus large que celle imposée dans le projet d'article 33, on devait la circonscrire plus précisément et non se fonder simplement sur l'obligation générale de coopération mutuelle énoncée dans la variante C du projet d'article 29.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 4

198. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le projet de paragraphe 4 serait inutile et pouvait être supprimé, à condition que la version révisée du projet d'article 29, fondée sur l'approche adoptée dans la variante C (du paragraphe 14 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.67), suffise à répondre aux préoccupations exprimées au sujet de l'échange des informations nécessaires pour permettre au chargeur de s'acquitter de ses obligations au titre du projet d'article 33.

Projet d'article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur en cas de retard

199. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné pour la dernière fois la question de la responsabilité du chargeur en cas de retard à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 133 et 143 à 147) et que des propositions écrites sur le sujet lui avaient été soumises pour examen (voir A/CN.9/WG.III/WP.67, par. 22, et A/CN.9/WG.III/WP.69, par. 8 à 14). Il a été indiqué que le "retard" était une question importante dans le chapitre sur les obligations du chargeur, qui restait en suspens, car elle posait des problèmes complexes.

200. Le maintien des dispositions du projet de convention qui traitaient de la responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de retard a été appuyé. On a indiqué que de telles dispositions, qui n'existaient pas dans des instruments antérieurs comme les Règles de La Haye, apporteraient une contribution importante à la modernisation du droit des transports. Il a aussi été rappelé que le respect des délais revêtait une importance majeure dans le transport régulier et dans les arrangements logistiques modernes du monde commercial. Il a aussi été indiqué que les autres personnes concernées par les opérations, en particulier le destinataire, devaient être protégées contre toutes pertes dues au chargeur ou au transporteur. On

a signalé que le Groupe de travail avait déjà achevé son examen de la question de la responsabilité du transporteur en cas de retard à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 18 à 31), et que cette responsabilité était régie par le projet d'article 22, à l'exception du niveau de limitation de la responsabilité, qui était traité au projet d'article 65 dans le chapitre sur la limitation de la responsabilité. Il a donc été indiqué que le Groupe de travail ne devrait pas rouvrir le débat sur ce projet d'article.

201. L'inclusion dans le projet de convention de dispositions tant pour le chargeur que pour le transporteur sur les dommages indirects résultant d'un retard a toutefois suscité de fortes objections. On a signalé qu'une telle inclusion risquait d'exposer le chargeur à une responsabilité énorme et illimitée. On a expliqué, par exemple, que le défaut de fourniture d'un document par le chargeur pourrait empêcher le déchargement d'un conteneur unique renfermant des marchandises de faible valeur et, par voie de conséquence, empêcher l'arrivée et le déchargement de tous les autres conteneurs du navire au port de destination. Il a été ajouté qu'en pareil cas, bien que des raisons d'équité puissent amener à penser que le transporteur devrait pouvoir demander réparation au chargeur pour les dommages résultant du retard dont il était responsable envers les autres chargeurs ayant des conteneurs à bord, si le chargeur était tenu pleinement responsable envers le transporteur de tous les dommages qu'il avait causés en retardant le navire, sa responsabilité pourrait non seulement avoir des incidences financières dévastatrices pour lui, mais serait aussi non assurable. On a ajouté que les problèmes liés à la fixation d'une limite raisonnable et logique qui pourrait être appliquée à la responsabilité du chargeur pour des dommages résultant d'un retard, ainsi qu'à l'établissement d'un régime de responsabilité qui rende assurables les risques potentiels associés à ce type de dommage, justifiaient la suppression de la responsabilité du chargeur en cas de retard du projet de convention. Il a aussi été indiqué que, par souci d'équité et d'équilibre, il faudrait également, dans le projet de convention, exclure les dommages indirects résultant d'un retard de la responsabilité du transporteur envers le chargeur, à moins que les parties à une expédition n'en conviennent autrement de manière expresse, car tenir un transporteur responsable envers le chargeur du retard l'exposait à des responsabilités considérables de la même manière que le serait le chargeur tenu responsable envers le transporteur.

202. En outre, il a été dit que, pour maintenir un juste équilibre dans le projet de convention, il était indispensable de prévoir une responsabilité équivalente pour un chargeur qui causerait un retard au transporteur et l'exposerait ainsi à des pertes découlant des demandes de dommages-intérêts que lui adresseraient d'autres chargeurs, et que, du fait que cette responsabilité du transporteur serait limitée, celle du chargeur devrait l'être raisonnablement aussi. Il a toutefois été ajouté que la tentative de déterminer une limite acceptable de responsabilité du chargeur en cas de dommages résultant d'un retard s'était révélée extrêmement difficile, car les transporteurs estimaient qu'une limite fondée sur le fret payé par le chargeur en tort était trop basse, tandis que les chargeurs considéraient les autres limites, comme la pleine responsabilité en cas de dommages résultant d'un retard envers tous les autres chargeurs du navire, comme trop élevées. Il a aussi été indiqué qu'un transporteur devait être équitablement protégé contre toute perte subie du fait d'un retard occasionné par le chargeur, même si la responsabilité qui en résultait pour un chargeur pouvait être considérable. Il a été conclu que la seule solution équitable de ce dilemme consisterait à supprimer la notion de dommages pour retard du projet de

convention pour ce qui était du chargeur et, sauf si une date de livraison des marchandises certaine était convenue dans un contrat de transport ou de tonnage, également pour ce qui était du transporteur. Il a donc été proposé de modifier le projet d'article 22 pour faire apparaître que la responsabilité du transporteur en cas de pertes économiques résultant d'un retard serait limitée aux cas où il avait accepté cette responsabilité.

203. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait été saisi d'une proposition (voir A/CN.9/WG.III/WP.69, par. 8 à 14), en vertu de laquelle le chargeur n'assumerait aucune responsabilité pour les dommages indirects découlant d'un retard et où la responsabilité du transporteur serait limitée en conséquence. Il serait possible d'obtenir ce résultat, a-t-on expliqué, en modifiant et en supprimant plusieurs références au "retard" dans le projet de convention et en insérant un nouveau projet d'article 36 *bis* (voir A/CN.9/WG.III/WP.69, par. 14), dont l'objet était d'éviter que l'expression "perte ou dommage subi par les marchandises" ne soit interprétée dans le projet de convention comme englobant la perte ou le dommage causé par le retard autre qu'une perte ou un dommage matériel. Il a été précisé, en réponse à une question, que les dommages indirects pour retard qui ne seraient pas susceptibles de réparation dans le texte proposé comprendraient non seulement les pertes purement économiques, mais également les pertes partiellement économiques causées, par exemple, par la fluctuation des prix sur le marché pendant la période où était survenu le retard. Il a été expliqué également que le transporteur, tout comme le chargeur, continueraient d'être tenus responsables en cas de perte ou d'endommagement matériel des marchandises conformément au projet d'article 17, de même que dans les cas où les parties étaient expressément convenues de la date de livraison.

204. On a rétorqué que la solution proposée reviendrait à priver les parties de toute voie de droit dont elles pourraient se prévaloir dans le droit national en cas de perte économique. Les préoccupations exprimées face à la difficulté de rédiger un texte satisfaisant ayant reçu un écho favorable, il a été déclaré que la solution idéale pour traiter de la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention serait, non de limiter cette responsabilité pour le transporteur, mais de renvoyer la question au droit interne pour tous les types de pertes causées par ce retard. À cela on a ajouté que, pour exclure toute action en réparation d'une perte économique dans la proposition, il ne suffirait peut-être pas de supprimer le mot "retard" du projet de convention mais il faudrait probablement aussi insérer une disposition interdisant toute action de ce type de la part du transporteur contre le chargeur. Sur le plan de la rédaction, il a été proposé que cette disposition s'inspire du projet d'article 4, ce qui obligerait peut-être à modifier quelque peu le projet d'article 36 *bis* figurant au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.69.

205. Le Groupe de travail a longuement examiné les suggestions ci-dessus. Il a été indiqué, par ailleurs, que le renvoi de la question de la responsabilité pour retard à la législation interne non seulement ne permettrait pas d'unifier le droit sur cette question, mais perpétuerait aussi la pratique injuste actuelle, consistant pour le transporteur à insérer, dans les connaissements, des clauses l'exonérant de toute responsabilité pour préjudice économique dû au retard, alors que le chargeur ne disposait d'aucun moyen correspondant de se protéger. Il a été indiqué, en outre, qu'il serait souhaitable d'unifier au maximum le droit sur ce point, car cette unification améliorerait non seulement la prévisibilité juridique mais aussi

l'assurabilité du risque, objectifs qui seraient compromis si la question était laissée aux différents régimes juridiques internes. Selon un autre avis, encore, il n'était pas nécessaire d'envisager la responsabilité du transporteur et du chargeur pour retard conjointement, car la responsabilité du transporteur pour retard était liée à son obligation principale de livrer les marchandises, alors que cette même responsabilité pour le chargeur concernait des obligations secondaires lui incombant. Il a été dit également que, bien que problématique, le retard ne devrait pas être trop rapidement écarté en tant que fondement de la responsabilité. Par exemple, la responsabilité du chargeur pour retard pourrait être limitée, car elle serait probablement fondée sur la faute, la charge de la preuve retomberait sur le demandeur, conformément aux règles ordinaires, et le délai de prescription de l'action pourrait être bref, éventuellement d'un an. On a aussi fait valoir, en faveur de l'insertion d'une disposition sur la responsabilité pour retard dans le projet de convention, qu'il était certes difficile mais non impossible de trouver une solution équitable pour limiter la responsabilité en cas de retard; pour preuve, certaines législations internes prévoyaient des règles sur la responsabilité du chargeur pour retard, laquelle, par exemple, était limitée par rapport au poids des marchandises expédiées. Il a été ajouté qu'une autre solution pouvait être de limiter cette responsabilité par rapport au fret payé, mais cette solution posait des problèmes, par exemple, lorsqu'on prenait comme référence le fret payé pour un conteneur de marchandises de faible valeur qui avait retardé l'arrivée d'autres conteneurs renfermant des marchandises de très grande valeur. L'avis a été exprimé qu'une règle sur la responsabilité du transporteur pour retard pourrait être insérée même s'il n'y avait pas de règle sur la responsabilité du chargeur pour retard.

206. À ces arguments, il a été répondu que, si l'unification du droit était certes un résultat souhaitable, l'assurabilité du risque dépendait non pas de l'uniformité de la règle mais de la limitation du montant de la responsabilité. Le Groupe de travail a été exhorté à ne pas sous-estimer la difficulté de la tâche. Pour trouver une solution possible, il a été invité à examiner les types de dommages qui pourraient être couverts dans un système de responsabilité pour retard, dans le projet de convention. Il a été déclaré, à cet égard, que, si les dommages matériels donneraient toujours lieu à réparation, les pertes purement économiques et les pertes partiellement économiques dues aux fluctuations de la valeur des marchandises sur le marché pendant la période du retard devraient sortir du champ d'application du projet de convention. Il a été proposé que les parties soient autorisées à déroger au projet d'article 22, relatif à la responsabilité du transporteur pour retard, dans la mesure où il avait trait à la perte économique, en exerçant leur liberté contractuelle. Il a été précisé que, dans cette disposition, le transporteur serait responsable du retard sauf convention contraire. On a cependant exprimé la crainte que, suivant le libellé final du projet d'article 94, cette liberté contractuelle ne soit utilisée également pour accroître la responsabilité du chargeur en cas de retard, résultat qui irait à l'encontre du but recherché par le projet de disposition.

Conclusions du Groupe de travail concernant la responsabilité en cas de retard

207. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De continuer à une prochaine session d'examiner la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention, après avoir étudié les questions soulevées;

– D'encourager vivement la soumission de propositions écrites sur la question pour examen à sa prochaine session; et

– De suspendre l'examen des autres questions relatives aux obligations du chargeur intéressant le Groupe de travail jusqu'à ce qu'il ait étudié la question du retard dans le cadre de débats futurs.

Proposition sur les connaissements à personne dénommée

208. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'une proposition visant à insérer dans le projet de convention des dispositions relatives aux connaissements à personne dénommée était présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.68. Il a été dit que, si le régime du projet de convention dans son ensemble reposait uniquement sur les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport négociables et non négociables, on utilisait dans la pratique un autre type de document de transport, qui se situait, quelque part entre ces deux catégories, à savoir le connaissement à personne dénommée. Il a été noté que ce document était d'usage courant dans certains systèmes juridiques, mais que son appellation variait d'un pays à l'autre et que les règles le régissant différaient, y compris parfois dans un même pays. En outre, bien que, pensait-on, le cadre juridique établi dans le projet de convention rende superflue l'insertion de dispositions sur ce connaissement, il fallait néanmoins prévoir dans ce projet quelques règles à son sujet, car on ne pouvait s'attendre à ce que la pratique commerciale change immédiatement dès l'entrée en vigueur d'un quelconque nouveau régime. Le Groupe de travail est convenu de limiter son examen à sa session en cours aux deux principales questions – celles de savoir si des dispositions sur le sujet devraient être incluses dans le projet de convention et comment définir les connaissements à personne dénommée –, et a laissé de côté les autres questions pour des débats futurs.

Les connaissements à personne dénommée devraient-ils être inclus?

209. Selon une opinion, si l'on considérait que le cadre établi par le projet de convention englobait tous les types de documents nécessaires, le fait de prévoir des dispositions sur ce document intermédiaire inhabituel doté de caractéristiques incertaines pourrait être perçu comme une incitation à son utilisation et il vaudrait mieux mettre un terme à de telles anomalies. Il était donc préférable – a-t-on dit – de ne pas traiter des connaissements à personne dénommée dans le projet de convention et de les soumettre plutôt au régime général des documents négociables ou non négociables.

210. Selon le point de vue opposé, il fallait traiter des connaissements à personne dénommée dans le projet de convention car le fait de leur appliquer ainsi au moins quelques règles uniformes aurait pour effet bénéfique de réduire l'insécurité juridique qui entourait leur utilisation. Selon certains, bien que ce type de connaissement ne soit pas utilisé dans leur pays, il était reconnu que cette forme intermédiaire de document était en usage ailleurs, si bien que l'insertion de dispositions le concernant dans le projet de convention pourrait contribuer à rendre ce dernier plus efficace dans ces pays. On a appuyé ce point de vue compte tenu de l'utilité sur le plan commercial d'inclure ces documents dans le projet de convention

s'ils étaient utilisés, en admettant que cette inclusion renforce la sécurité commerciale.

Conclusions du Groupe de travail concernant l'insertion des connaissements à personne dénommée

211. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que des dispositions relatives aux connaissements à personne dénommée devraient être insérées dans le projet de convention.

Définition des connaissements à personne dénommée

212. Il a été proposé au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.68 de définir le connaissement à personne dénommée comme "un document de transport non négociable indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises". Il a été expliqué que l'intention de la proposition était de traiter ce connaissement comme un document non négociable dans le cadre du projet de convention et d'exiger qu'il soit présenté ou remis au transporteur lorsque son possesseur souhaitait exercer un droit quelconque découlant du contrat de transport attesté par ce document ("règle de présentation"). Le dernier aspect nécessaire de la définition était, pensait-on, que la "règle de présentation" devait être énoncée dans le document lui-même pour indiquer son caractère de négociabilité. On a estimé que la définition comportait un ensemble approprié d'éléments lui permettant de s'accorder avec la pratique commerciale actuelle, dans laquelle les parties pouvaient convenir de l'obligation de présentation d'un document non négociable, et que les connaissements à personne dénommée standard contenaient habituellement une mention de la "règle de présentation".

"indiquant"

213. Il a été expliqué que le verbe "indiquer" avait été employé dans la définition en lieu et place d'un verbe plus précis comme "mentionner" pour permettre plus de flexibilité et pour que divers documents puissent être interprétés comme entrant dans la définition. Si certains ont appuyé le texte de la définition tel que présenté, d'autres ont exprimé la crainte que le verbe "indiquer" ne soit trop souple et trop général et ne permette qu'un document non destiné à servir de connaissement à personne dénommée soit néanmoins traité comme tel. Il a été proposé de remplacer "indiquant" par un verbe plus précis, comme "spécifiant".

214. Il a été proposé également de préciser la définition en insérant après "indiquant" les mots "conformément à la loi régissant le document", comme dans la définition du terme "document de transport négociable" à l'alinéa o) du projet d'article premier. Étant donné qu'un document pouvait contenir une mention imprécise du type "le transporteur peut exiger la remise du présent document lors de la livraison des marchandises", il importait, pensait-on, que la définition soit interprétée selon la loi applicable au document. La crainte a toutefois été exprimée que l'insertion d'une référence à la loi applicable ne limite trop la définition et, partant, l'interprétation visant à déterminer quels documents entreraient dans cette catégorie, compte tenu surtout du fait que le traitement judiciaire des connaissements à personne dénommée n'était pas uniforme. Pour dissiper cette crainte, il a été dit que le pouvoir d'appréciation laissé par le verbe "indiquer" serait

préservé mais que l'insertion d'une référence à la loi applicable fournirait une certaine structure nécessaire à l'exercice de ce pouvoir.

Conclusions du Groupe de travail concernant la définition des connaissements à personne dénommée

215. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que la définition des connaissements à personne dénommée n'était pas pleinement satisfaisante, car le verbe "indiquer" était trop souple; et

– Que le secrétariat devrait préparer d'autres définitions qui ne laissent pas entendre que le document de transport doit comporter une mention particulière pour être considéré comme un connaissement à personne dénommée et qui tiennent compte de la nécessité éventuelle de se référer à la loi régissant le document.

Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport – Chapitre 9

216. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du chapitre du projet de convention sur les documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport remontait à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 24 à 61). Il a également été rappelé que des propositions sur les documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport lui avaient été présentées pour examen à sa session en cours (A/CN.9/WG.III/WP.62 et A/CN.9/WG.III/WP.70). En outre, il a été noté que le texte des dispositions dans le document A/CN.9/WG.III/WP.62 reprenait celui du projet de convention actuel qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, sans modifications, alors que le document A/CN.9/WG.III/WP.70 proposait des variantes pour les projets d'articles 37 et 40-3.

217. Le Groupe de travail a accepté la proposition selon laquelle il devrait examiner le chapitre sur les documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport article par article, puisque c'était la première fois qu'il étudiait le chapitre au cours de sa deuxième lecture du projet de convention. Par ailleurs, il a été observé que même si, dans le cours de la discussion, on faisait souvent référence aux seuls "documents de transport", il était entendu que les "enregistrements électroniques concernant le transport" étaient également visés.

Projet d'article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport

218. Il a été rappelé au Groupe de travail que les antécédents historiques du projet d'article 37 étaient l'article 3-3 des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby, où le transporteur délivrait le connaissement au chargeur, à sa demande, et l'article 14-1 des Règles de Hambourg, qui prévoyait la délivrance du connaissement au chargeur et, par le biais de la définition du "chargeur", à l'expéditeur. Il a été noté que l'innovation principale du projet d'article 37 était la reconnaissance que l'"expéditeur" n'était pas nécessairement la même personne que le "chargeur", par exemple dans le cas d'un vendeur FOB, qui était l'"expéditeur" et

d'un acheteur FOB, qui était le "chargeur". S'il a été reconnu que, dans la plupart des cas, le chargeur et l'expéditeur coopéreraient dans le cadre du contrat de vente, il était cependant possible qu'un litige survienne et il importerait donc de savoir quels documents avaient été reçus par chaque partie. Il a été expliqué que le projet d'article 37 avait pour but de régir les situations dans lesquelles un litige était survenu, en donnant droit à l'expéditeur de recevoir un document de transport constatant uniquement la réception, alors que le chargeur ou le chargeur documentaire était en droit d'obtenir un document de transport négociable afin de protéger ses droits jusqu'à ce que le paiement ait été effectué en vertu du contrat de vente.

219. Il a été observé que le texte du projet d'article 37 proposé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.70 était substantiellement différent de celui qui figurait actuellement dans le projet de convention. L'approche adoptée dans ce document était que l'expéditeur, et non le chargeur, aurait le contrôle effectif des marchandises et que le chargeur n'exercerait ce contrôle qu'à partir du moment où il y serait autorisé par l'expéditeur.

220. Des craintes ont été exprimées au sujet de l'approche adoptée dans le projet d'article 37 du texte actuel du projet de convention. Il a été estimé que, dans le cadre d'un contrat de vente FOB, le vendeur, ou expéditeur, ne serait pas suffisamment protégé par le projet d'article 37 car il ne recevrait qu'un récépissé au lieu d'un document négociable. Il a été indiqué que le projet d'article 37 posait deux problèmes: le récépissé obtenu par l'expéditeur n'avait aucun statut juridique et l'une des fonctions du connaissement était de prouver la réception des marchandises. De plus, il a été dit que, dans certains pays, la personne remettant les marchandises au transporteur avait un droit indépendant d'obtenir un document de transport négociable et que l'expéditeur dans le cadre d'une vente FOB devrait recevoir le document négociable comme garantie sur les marchandises lorsqu'il les remettait au transporteur. Dans ces conditions, certains ont exprimé leur préférence pour la version du projet d'article 37 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.70.

221. Cependant, on a aussi émis l'avis contraire selon lequel l'approche adoptée dans le projet d'article 37 du texte actuel du projet de convention était adaptée à une vente FOB. En vertu de l'alinéa a) de ce projet d'article, l'expéditeur avait un droit indépendant d'obtenir du transporteur un récépissé indiquant que les marchandises avaient été remises pour le transport. L'alinéa b) accordait au chargeur le droit d'obtenir du transporteur le document de transport approprié, l'intention étant que le chargeur décide si le document émis par le transporteur serait négociable ou non, sauf si la coutume dans le secteur était de n'émettre aucun document. Il a été estimé que la référence, à l'alinéa b), à "la personne mentionnée à l'article 34", ou chargeur documentaire, offrait une protection adéquate au vendeur FOB, ou expéditeur. Si, dans le cadre d'une vente FOB, le vendeur agissait généralement au nom de l'acheteur, ce n'était pas le cas dans le cadre du contrat de transport, où la seule manière pour le transporteur de savoir que le vendeur FOB (ou expéditeur) et non l'acheteur FOB (ou chargeur) avait droit au document de transport négociable était que le chargeur lui donne pour instruction de remettre le document à la "personne mentionnée au projet d'article 34", soit le chargeur documentaire ou vendeur FOB. En outre, le chargeur, ou acheteur FOB, serait tenu d'aviser le transporteur en conséquence selon les termes du contrat de vente. Dans ce mécanisme, le vendeur

FOB, ou expéditeur, recevrait le document de transport négociable et était, pensait-on, suffisamment protégé. Il a été estimé que cette approche était adaptée et que les parties au contrat de vente devraient veiller à protéger leurs intérêts dans ce contrat de vente et non s'en remettre aux parties au contrat de transport pour leur protection.

222. On a appuyé l'avis selon lequel le chargeur documentaire devait avoir un droit indépendant de recevoir un document de transport au titre de l'alinéa b) plutôt que de s'en remettre aux termes du contrat de vente pour être protégé. On a cependant dit préférer l'approche adoptée dans le projet d'article 37 du projet de convention à celle présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.70, jugée imprécise sur la question de l'identité de l'expéditeur, compte tenu de la large définition de ce terme à l'alinéa i) du projet d'article premier, qui englobait toute personne ayant effectivement remis les marchandises au transporteur, y compris, par exemple, un chauffeur de camion. Il a été dit en outre que l'approche dans le document A/CN.9/WG.III/WP.70 semblait créer un nouveau système complexe dans lequel l'expéditeur recevait le récépissé pour les marchandises, récépissé qu'il pouvait ensuite échanger contre un document de transport négociable, et qu'une telle approche n'était pas nécessaire pour que le vendeur FOB obtienne un document à part entière pour se protéger.

223. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites en vue de clarifier le projet d'article 37. Il a été généralement convenu qu'il faudrait préciser le libellé de l'alinéa a) pour indiquer qu'il se référait à un simple récépissé et non à un document de transport ou à un récépissé, étant donné que la définition du "document de transport" à l'alinéa n) du projet d'article premier englobait le récépissé. Il a également été convenu que l'alinéa b) devrait faire référence à la fois aux documents de transport et aux enregistrements électroniques concernant le transport négociables et non négociables et qu'il pourrait être précisé que c'était au chargeur de déterminer si le document de transport émis par le transporteur serait négociable ou non. On a par ailleurs estimé que les mots "expressément ou tacitement" à l'alinéa b) étaient probablement superflus et on a proposé de les supprimer. Il a été indiqué que cette expression se retrouvait dans plusieurs dispositions du projet d'instrument et il a été convenu d'examiner chacune de ces références pour déterminer dans chaque cas si elles étaient nécessaires.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 37

224. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que l'approche adoptée dans le projet d'article 37 était acceptable; et
- Que le libellé du projet d'article devait être modifié par le secrétariat pour inclure, à l'alinéa a), une formule appropriée indiquant qu'il était fait référence aux récépissés et, à l'alinéa b), une indication que le chargeur était en droit de choisir le type de document émis par le transporteur, ainsi qu'une référence aux documents de transport non négociables, et que l'emploi de l'expression "expressément ou tacitement" devrait être réexaminé dans l'ensemble du projet de convention en vue de sa suppression éventuelle.

Projet d'article 38. Données du contrat

225. Il a été indiqué que le projet d'article 38 avait pour objet de spécifier les données du contrat minimales qui devaient obligatoirement figurer dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport. Il a été rappelé que, lors de discussions informelles, des propositions d'ajout et de modification au texte de la disposition avaient été notées pour examen par le Groupe de travail (voir A/CN.9/WG.III/WP.62, par. 12 à 18).

226. Un large appui a été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur du texte du projet d'article 38, figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

227. Il a été dit que la liste des éléments obligatoires devrait être limitée autant que possible au strict nécessaire. On a ajouté que les parties étaient libres de convenir d'autres données du contrat à inclure, si cela était nécessaire pour leurs besoins commerciaux. Il a cependant été rappelé au Groupe de travail qu'un certain nombre d'éléments obligatoires supplémentaires susceptibles d'être inclus avaient été mentionnés lors des consultations informelles sur le chapitre (voir A/CN.9/WG.III/WP.62, par. 14), à savoir le nom et adresse du chargeur ou de l'expéditeur; le nom et l'adresse du destinataire; les lieux de réception et de déchargement et les ports de chargement et de déchargement; le nombre d'originaux du document de transport; l'indication, le cas échéant, que les marchandises seraient ou pourraient être transportées en pontée; et l'indication de la dangerosité des marchandises.

228. Il a été proposé que les mots "telle que fournie par le chargeur" soient insérés à l'alinéa a) du projet d'article 38. Il a également été suggéré de supprimer les mots "avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises" des alinéas b) et c) du projet d'article car ces informations pouvaient tout aussi bien être fournies après réception des marchandises par le transporteur ou une partie exécutante mais avant leur chargement sur le navire. L'idée de "communication des informations en temps utile" pouvait, pensait-on, être insérée au moyen d'une référence aux informations fournies par le chargeur conformément au projet d'article 30.

229. Il a été dit en outre que la conjonction "et", figurant à la fin du sous-alinéa i) de l'alinéa c), devrait être remplacée par "ou". Il a été expliqué que cette modification rendrait mieux compte de la pratique du secteur, dans laquelle le chargeur communiquait au transporteur soit le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité de marchandises, soit le poids des marchandises, et que l'obligation d'insérer les deux éléments à la fois constituerait une contrainte inutile. À cela on a répondu que la disposition visait à obliger le transporteur à inclure ces deux éléments, à savoir le nombre de colis et le poids, uniquement lorsque le chargeur le lui avait demandé et avait fourni les renseignements correspondants. Il a été fait observer que l'on pouvait aussi obtenir ce résultat en remplaçant "tel que fourni" par "s'il est fourni" au sous-alinéa ii) de l'alinéa c).

230. Il a été proposé d'ajouter dans la liste du projet d'article 38 le nombre d'originaux du document de transport négociable. Il a été indiqué que cette information protégerait les tiers porteurs du document en indiquant le nombre d'originaux en circulation. Il a été noté que, s'il fallait décourager la pratique consistant à émettre plusieurs originaux d'un document de transport négociable, l'ajout proposé pourrait néanmoins être utile aussi longtemps que cette pratique

indésirable se poursuivrait. On a aussi proposé de préciser, au projet d'article 40, les conséquences du défaut de communication du nombre d'originaux.

231. Il a par ailleurs été proposé d'insérer, dans la liste du projet d'article 38, les lieux de réception et de déchargement et les ports de chargement et de déchargement, car ceux-ci étaient importants pour établir le champ d'application du projet de convention mais aussi pour déterminer si les dispositions sur la compétence et l'arbitrage étaient applicables. Il a également été suggéré de mentionner dans la liste la dangerosité des marchandises pour des raisons d'ordre public mais aussi pour s'assurer que le chargeur s'était acquitté de son obligation d'information conformément au projet d'article 33. Il a enfin été proposé d'insérer dans ce projet d'article une référence au transport en pontée. Ces propositions n'ont cependant pas recueilli un soutien suffisant au sein du Groupe de travail.

232. Il a été indiqué que le chapeau du projet d'article 38 devrait être modifié pour être aligné sur le contenu convenu pour le projet d'article 37 en ce qui concerne la référence au document de transport ou à l'enregistrement électronique concernant le transport.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 38

233. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- D'ajouter les mots "telle que fournie par le chargeur" à l'alinéa a);
- De remplacer les mots "avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises" aux alinéa b) et c) par une référence aux informations requises au projet d'article 30;
- D'insérer dans le projet d'article une référence au nombre d'originaux du document de transport négociable; et
- De prier le secrétariat de préparer une version révisée du projet d'article en tenant compte des observations ci-dessus et de modifier éventuellement le renvoi au projet d'article 37 figurant dans le chapeau.

III. Questions diverses

Dates des dix-huitième, dix-neuvième et vingtième sessions

234. Il a été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission à sa trente-neuvième session, la dix-huitième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 6 au 17 novembre 2006 (voir A/60/17, par. 241), et sa dix-neuvième session à New York du 16 au 27 avril 2007. Il a aussi été noté que, sous réserve de l'approbation de la Commission à sa quarantième session, sa vingtième session se tiendrait à Vienne du 15 au 25 octobre 2007.

Planification des travaux futurs

235. Afin de structurer la discussion sur les dispositions restantes du projet d'instrument, le Groupe de travail a adopté le programme provisoire ci-après des sujets à examiner, dans l'ordre indiqué, pour terminer sa deuxième lecture du projet:

Dix-huitième session (Vienne, 6-17 novembre 2006, sous réserve d'approbation)

- Compétence et arbitrage;
- Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport (*suite*);
- Retard et questions en suspens concernant les obligations du chargeur (*suite*);
- Limitation de la responsabilité, ainsi que projet d'article 104 sur la modification des limites;
- Liste des sujets qui pourraient faire l'objet de travaux futurs dans un autre instrument, comme une loi type;
- Droits d'action et délai pour agir; et
- Clauses finales, ainsi que relation avec d'autres conventions et avaries communes.

236. Le Groupe de travail s'est déclaré très satisfait des progrès continus des travaux relatifs au projet de convention. Étant donné le nombre et la complexité des questions en suspens dans le projet de convention, il a exprimé l'avis qu'il lui faudrait davantage de temps pour le finaliser. Il a estimé qu'il parviendrait à achever sa deuxième lecture du projet de convention à la fin de 2006 et la dernière lecture à la fin de 2007.

N. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition de la Finlande, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.61) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Le Gouvernement finlandais a présenté le texte d'une proposition concernant le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] afin que le Groupe de travail III (Droit des transports) l'examine à sa dix-septième session. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Champ d'application, liberté contractuelle et dispositions connexes

1. Discussions antérieures

1. Le Groupe de travail a examiné le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes lors de sessions antérieures, en particulier à ses quatorzième (Vienne, 2004) et quinzième (New York, 2005) sessions. Il n'en a pas discuté à sa seizième session (Vienne, 2005), du fait que les questions en suspens seraient préparées de manière appropriée pour être présentées, par l'intermédiaire du secrétariat de la CNUDCI, à sa dix-septième session (New York, 2006). À sa seizième session, il a toutefois noté l'importance de comprendre les incidences du régime des contrats de tonnage sur des chargeurs peu importants ou inexpérimentés et a examiné la question plus avant.

2. Compte tenu de ce qui précède, il sera fait référence ci-après aux documents de la CNUDCI suivants:

- A/CN.9/572, Rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 2004), paragraphes 81 à 109;
- A/CN.9/576, Rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa quinzième session (New York, 2005), paragraphes 10 à 109; et
- A/CN.9/591, Rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 2005), paragraphe 244.

3. À sa quatorzième session (Vienne, 2004), le Groupe de travail est parvenu à plusieurs conclusions, exposées plus en détail dans son rapport (A/CN.9/572), dont les suivantes:

- Le projet de convention (d'instrument) devrait obligatoirement s'appliquer aux expéditions traditionnelles;
- Les chartes-parties traditionnelles, les contrats de tonnage dans les services de transport non régulier, les contrats d'affrètement d'espaces dans les services de transport régulier et les contrats de remorquage et de transport de colis lourds devraient être exclus du champ d'application du projet d'instrument;
- Les tiers (lorsque le contrat de transport entre le chargeur et le transporteur n'entre pas dans le champ d'application du projet de convention) devraient être protégés et identifiés par référence à un document de transport, étant entendu toutefois que les tiers pouvant prétendre à une protection devraient être clairement définis mais que les catégories ne devraient pas encore être considérées comme closes;
- Le Groupe de travail ne s'est pas opposé à l'inclusion d'une disposition, à caractère non impératif, relative aux accords de services réguliers de transport maritime, sous réserve de prêter une attention particulière, par exemple, à la protection des intérêts des petits chargeurs et des tiers; et

– Il faudrait également déterminer l'emplacement optimal dans le projet de convention (d'instrument) d'une disposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime.

4. Sur la question du champ d'application, trois approches ont été présentées lors des discussions à cette session: l'approche documentaire, l'approche contractuelle et l'approche sectorielle. Il a aussi été noté qu'un autre aspect de la question était de savoir si un contrat de transport donné avait ou non été librement négocié entre les parties. Le Groupe de travail a conclu qu'il serait possible de parvenir à un compromis en combinant les approches sectorielle, contractuelle et documentaire. Les propositions rédactionnelles présentées par la suite ont donc été des solutions de compromis fondées sur ces trois approches. Le travail de rédaction s'est cependant révélé difficile en dépit du large consensus sur la question.

5. Un groupe de rédaction informel a élaboré un nouveau texte reproduit au paragraphe 105 du rapport A/CN.9/572. Il n'a toutefois pas eu suffisamment de temps pour examiner la question des accords de services réguliers de transport maritime et celle du champ d'application obligatoire du projet d'instrument.

6. Il est ressorti des discussions menées entre les sessions sur la structure, le fond et la forme que des éclaircissements supplémentaires étaient nécessaires sur toutes les questions susmentionnées. Les accords de services réguliers de transport maritime étaient désormais considérés comme des contrats de tonnage mais il restait à clarifier l'approche non impérative adoptée pour les contrats de tonnage. Ces points ont été abordés à la quinzième session (New York, 2005).

7. À sa quinzième session, le Groupe de travail est parvenu à plusieurs conclusions, exposées plus en détail dans son rapport (A/CN.9/576), dont les suivantes:

a) Les accords de services réguliers de transport maritime devraient être inclus dans le champ d'application du projet de convention en tant que contrats de tonnage, dont l'inclusion serait déterminée par la nature des différentes expéditions effectuées en vertu de ceux-ci;

b) Certaines conditions ont été fixées pour que les contrats de tonnage dans le transport régulier puissent déroger aux dispositions obligatoires du projet et le Groupe de travail a estimé que le mécanisme de dérogation pourrait servir de base à la poursuite de la discussion, sous réserve toutefois de tenir compte des impératifs de clarté, de différenciation suffisante et de prévention des abus;

c) En ce qui concerne les contrats de tonnage dans le transport régulier, les dispositions relatives à l'obligation de navigabilité et à la responsabilité découlant de l'innavigabilité ne seraient en revanche pas susceptibles de dérogation, ni éventuellement certaines dispositions relatives aux obligations et à la responsabilité du chargeur;

d) Les possibilités de dérogation susmentionnées s'appliqueraient également aux tiers, mais seulement sous certaines conditions; ce point serait abordé dans le cadre des discussions sur la compétence et l'arbitrage;

e) S'agissant de la protection impérative des tiers, l'exigence de documents a été établie étant entendu toutefois qu'il faudrait s'efforcer de concilier cette

approche avec celle consistant à désigner expressément les tiers; en cas d'échec, il faudrait conserver les deux approches en vue de la poursuite des débats; et

f) Il faudrait maintenir un système unilatéralement impératif pour le transporteur en y intégrant les parties exécutantes maritimes.

8. Plusieurs autres questions devaient être tranchées à la quinzième session, comme il est indiqué dans le rapport (A/CN.9/576).

9. À cette session, les discussions se sont fondées sur un projet de texte préparé par un groupe de rédaction informel. Le texte issu de la quinzième session est reproduit, avec quelques petites modifications techniques, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Les conclusions du Groupe de travail figurent quant à elles dans le rapport sur les travaux de sa quinzième session (A/CN.9/576).

10. On a fait observer que d'autres travaux étaient nécessaires pour parvenir à un texte acceptable. Il est aussi apparu clairement après la quinzième session que le libellé du projet s'avérait complexe à de nombreux égards. On a constaté qu'il était difficile de comprendre quels contrats de transport entraient dans le champ d'application du projet de convention et lesquels en étaient exclus d'après l'article 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.56. Cela est particulièrement vrai pour les contrats de tonnage. La protection des tiers à l'article 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 est également difficile à comprendre, notamment en rapport avec l'article 9. Il est par ailleurs nécessaire de débattre plus avant l'approche non impérative prévue à l'article 95 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 pour les contrats de tonnage dans le transport régulier et d'en revoir la formulation.

11. Dans ce contexte, il a été jugé nécessaire de développer les dispositions sur le champ d'application, la liberté contractuelle et les questions connexes.

12. Plusieurs modifications par rapport au document A/CN.9/WG.III/WP.56 sont proposées ci-après. Les numéros des articles sont les mêmes (mais une nouvelle définition augmente le nombre d'alinéas à l'article premier).

2. Multimodalité

13. Il est actuellement prévu ou envisagé que le projet de convention s'applique à certains aspects du transport multimodal, par le jeu des projets d'articles 1-a) et 27 du document A/CN.9/WG.III/WP.56. Selon le projet d'article 27, la réglementation multimodale ne s'applique qu'à la perte, à l'endommagement ou au retard de livraison des marchandises.

14. L'approche multimodale pourrait toutefois avoir une incidence sur différentes parties du projet de convention. Ce lien a également été noté lors des discussions sur le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes, mais seulement sur certains points traités au paragraphe 103 du rapport de la quatorzième session (Vienne, 2004) (A/CN.9/572) et au paragraphe 108 du rapport de la quinzième session (New York, 2005).

15. Le texte proposé ne semble pas poser de problème particulier du fait du caractère partiellement multimodal du projet de convention et aucune disposition supplémentaire n'a été insérée pour les aspects multimodaux. Si la nécessité d'une telle disposition se faisait sentir en raison d'arguments dont il n'a pas été tenu compte, il faudrait peut-être alors compléter le texte.

3. Texte proposé et commentaires

16. "*Article premier. Définitions*

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme 'contrat de transport' désigne un contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises d'un lieu à un autre. Le contrat doit prévoir le transport par mer et peut prévoir le transport par d'autres modes en plus du transport par mer.

b) Le terme 'contrat de tonnage' désigne un contrat de transport qui prévoit le transport d'une quantité spécifiée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue. La quantité peut être spécifiée sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette.

c) Le terme 'transport régulier' désigne un service de transport qui i) est offert au public par voie de publicité ou par des moyens similaires et ii) comprend un transport par des navires assurant une liaison régulière entre des ports spécifiés conformément à un calendrier publié de dates de départ.

cc) Le terme 'transport non régulier' désigne tout transport qui n'est pas un transport régulier."

...

17. Certaines modifications ont été apportées au texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. À l'alinéa b), la définition du terme "contrat de tonnage" précise désormais qu'il s'agit d'un contrat de transport. Dans la définition anglaise, le mot "goods" a été substitué au mot "cargo" par souci d'harmonisation linguistique avec d'autres dispositions du projet de convention. Le paragraphe 244 du rapport de la seizième session (Vienne, 2005) (A/CN.9/591) prévoit la préparation d'un document explicatif sur le traitement des contrats de tonnage dans le projet pour illustrer plus en détail leurs implications juridiques et pratiques. Le Comité maritime international (CMI) s'est déclaré prêt à fournir son aide en la matière. C'est pourquoi le présent document ne fournit pas d'informations détaillées sur les contrats de tonnage. On se reportera au document préparé par le CMI tel qu'il a été présenté au Groupe de travail.

18. Les efforts pour clarifier les dispositions de base sur le champ d'application ont obligé à définir non seulement le transport non régulier, mais aussi le transport régulier. Ceci apparaîtra clairement lorsqu'on examinera l'article 9.

19. "*Article 8. Champ d'application général*

1. Sous réserve de l'article 9, la présente Convention s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison sont situés dans des États différents, et le port de chargement et le port de déchargement sont situés dans des États différents, si:

a) Le lieu de réception ou le port de chargement est situé dans un État contractant; ou

b) Le lieu de livraison ou le port de déchargement est situé dans un État contractant;

Les références aux [lieux et] ports désignent les [lieux et] ports convenus dans le contrat de transport.

2. La présente Convention s'applique quelle que soit la nationalité du bâtiment, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée."

20. Il est proposé de supprimer les mots "d'un transport maritime" et "du même transport maritime", qui figurent entre crochets dans le chapeau du paragraphe 1 du projet d'article 8 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Ils avaient été insérés pour répondre aux craintes de certaines délégations face à la possibilité qu'il y ait, par exemple, deux transports maritimes nationaux séparés dans deux États, auquel cas le port de chargement du premier transport se trouverait dans un autre État que le port de déchargement du second. Un tel transport ne devrait pas entrer dans le champ d'application du projet de convention. Il est proposé, plutôt que d'inclure ces mots entre crochets, d'apporter cette clarification dans le commentaire qui sera rédigé sur la base du texte adopté.

21. Dans le chapitre sur la compétence, il a été proposé d'inclure le port de chargement et le port de déchargement parmi les facteurs de rattachement pour déterminer la compétence d'un tribunal dans les actions intentées contre le transporteur. Ces deux facteurs de rattachement sont mentionnés au paragraphe 73 du rapport de la seizième session (A/CN.9/591) (Vienne, 2005), plus précisément à l'alinéa c) du projet d'article 75 proposé dans ce paragraphe. Dès lors que ces facteurs de rattachement sont adoptés, il semble approprié de faire figurer le port de chargement et le port de déchargement parmi les facteurs qui déterminent aussi l'application du projet de convention, ce qui assurerait aussi la cohérence avec le chapeau du paragraphe 1 ci-dessus. Il est donc proposé de supprimer les crochets entourant les mots "ou port de chargement" et "ou port de déchargement" aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du projet d'article 8, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

22. Il est proposé de supprimer la phrase figurant entre crochets à l'alinéa c) du paragraphe 1 du projet d'article 8, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ("Le contrat de transport prévoit que la présente Convention, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat") en raison de certaines difficultés à établir l'utilité d'une telle disposition. Il est rendu compte de ces difficultés aux paragraphes 61 et 62 du rapport de la quinzième session (New York, 2005) (A/CN.9/576). Même sans une telle disposition, les parties sont toujours, bien entendu, en droit d'incorporer le texte du projet de convention à leur contrat, ce qu'elles font habituellement en utilisant les "clauses paramount". Des problèmes d'interprétation de ces dispositions et du projet de convention comme étant des clauses contractuelles peuvent se poser, mais ils débordent peut-être le cadre des discussions du Groupe de travail.

23. "*Article 9. Exclusions et inclusions particulières*

1. La présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transport ci-après dans le transport régulier:

a) Les chartes-parties; et

b) Les contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire, qu'il s'agisse ou non de chartes-parties;

2. a) Sous réserve de l'alinéa b), la présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transport dans le transport non régulier.

b) La présente Convention s'applique dans le transport non régulier:

i) si aucune charte-partie ou aucun contrat d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire, qu'il s'agisse ou non d'une charte-partie, n'a été conclu entre les parties; et

ii) si le contrat de transport est constaté par un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui constate également la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante."

Considérations générales

24. Le texte du projet d'article 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 pose problème. Il prévoit d'abord une exclusion au paragraphe 1 mais énonce ensuite une inclusion au paragraphe 2 et une inclusion "conditionnelle" au paragraphe 3. Le paragraphe 2 fait également référence au "transport à la demande" pour montrer que, comme dans le cas des Règles de La Haye et de la Haye-Visby, ce type de transport entre dans le champ d'application du projet de convention même s'il n'est pas régulier. Les contrats de tonnage sont mentionnés au paragraphe 3. Ce sont des contrats-cadres prévoyant plusieurs expéditions. Chaque expédition est organisée séparément et peut être effectuée sur des lignes régulières ou par un transport similaire ou encore en tramping. Le paragraphe 3 du projet d'article 9 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 vise à appliquer le projet de convention aux contrats-cadres de tonnage par le biais de son application aux clauses qui régissent chaque expédition.

25. Le point de départ pour comprendre l'article 9 proposé ci-dessus se trouve là encore à l'article 8, où il est fait référence à l'application du projet de convention aux contrats de transport tels qu'ils sont définis à l'alinéa a) de l'article premier.

26. Le texte proposé met à présent l'accent sur le transport régulier et le transport non régulier de façon à donner une idée plus claire qu'avant de ce qui est exclu du champ d'application du projet de convention. La définition du transport non régulier (qui comprenait la définition du transport régulier) a déjà été examinée par le Groupe de travail, et il semble très possible que l'approche sectorielle soit retenue. En raison de la reformulation de l'article 9, il est nécessaire de définir à la fois le transport régulier et le transport non régulier à l'article premier.

Paragraphe 1 de l'article 9 proposé

27. Le paragraphe 1 exclut certains contrats du transport régulier, tels que les chartes-parties utilisées dans ce secteur. Il s'agit ici d'une question de forme. Le contenu de cette disposition ne semble pas avoir suscité de désaccord dans les discussions antérieures du Groupe de travail.

Paragraphe 2 de l'article 9 proposé

28. L'alinéa a) du paragraphe 2 proposé ci-dessus exclut tous les contrats du transport non régulier. Il ne mentionne pas expressément les chartes-parties, mais on

a estimé qu'il était tout à fait naturel que toutes les chartes-parties dans le transport non régulier soient visées par cet alinéa.

29. Afin de ne pas réduire le champ d'application du projet de convention par rapport à celui des Règles de La Haye et de la Haye-Visby, il est nécessaire d'y inclure une partie du transport non régulier, à savoir le transport "à la demande" dont le Groupe de travail a déjà discuté. À l'exception de questions de forme, il ne semble pas y avoir eu de désaccord non plus sur ce point. L'approche à l'alinéa b) du paragraphe 2 proposé ci-dessus vise à indiquer plus clairement, par rapport au texte du paragraphe 2 de l'article 9 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, quand le projet de convention est applicable sans pour autant modifier le contenu. Le texte proposé ci-dessus appelle deux observations. Premièrement, aux termes du sous-alinéa i) de l'alinéa b) du paragraphe 2, aucune charte-partie ni aucun contrat semblable ne doit avoir été conclu entre les parties. Deuxièmement, le sous-alinéa ii) de cet alinéa exige un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui constate à la fois le contrat de transport et la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante. Ce sous-alinéa comporte donc deux exigences.

30. Les contrats de tonnage dans le cadre du paragraphe 2 proposé sont examinés plus en détail dans la section suivante.

Contrats de tonnage

31. Le texte proposé ne reprend pas le paragraphe 3 du projet d'article 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.56. Les contrats(-cadres) de tonnage étant par définition des contrats de transport, comme l'indique l'alinéa b) de l'article premier proposé ci-dessus, le nouveau libellé proposé pour l'article 9 peut à lui seul déterminer si le projet de convention s'applique à ce type de contrat. Si l'on examine le texte proposé ci-dessus, on peut conclure que la liste des exclusions de certains contrats de transport régulier figurant au paragraphe 1 ne vise pas les contrats de tonnage. Ainsi, les contrats de tonnage sont des contrats de transport et s'ils sont conclus dans le cadre d'un transport régulier, ils entrent dans le champ d'application du projet de convention. En revanche, comme l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 9 proposé ci-dessus exclut les contrats de transport non régulier du champ d'application du projet de convention, les contrats de tonnage utilisés à des fins de transport non régulier seraient par conséquent exclus.

32. Les contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire auquel il est fait référence au paragraphe 1 b) de l'article 9 proposé ne couvrent pas les contrats de tonnage dans le transport régulier. Il ne devrait donc y avoir aucun risque de malentendus à cause du nouveau libellé proposé.

33. Si le projet de convention s'applique effectivement aux contrats de tonnage spécifiés plus haut et aux expéditions effectuées dans le cadre de ces contrats, ses dispositions ne sont pas pour autant automatiquement impératives. La nature impérative ou non du projet de convention est déterminée par les articles 94, 95 et 96, tels qu'ils sont proposés ci-après.

34. La question des contrats de tonnage mixtes (à la fois transport régulier ou "à la demande" et transport non régulier pour les différentes expéditions effectuées en vertu d'un contrat de tonnage) n'a pas été considérée comme un point de départ commercialement essentiel. Si une telle situation devait survenir, il serait possible

d'interpréter le nouveau libellé proposé de sorte que le projet de convention s'applique à un contrat de tonnage mixte lorsque l'expédition considérée est effectuée par un transport régulier (ou "à la demande"), mais non lorsque l'expédition est effectuée par un transport non régulier autre qu'un "transport à la demande".

35. D'autres problèmes d'interprétation pourraient se poser.

36. "*Article 10. Application à certaines parties*

Nonobstant l'article 9, si une charte-partie ou un autre contrat de transport est exclu du champ d'application de la présente Convention conformément à l'article 9, les alinéas suivants s'appliquent:

a) La présente Convention s'applique dans les relations entre le transporteur et l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante, le porteur ou [la personne visée à l'article 34] autre qu'[variante A: une partie initiale au contrat de transport exclu] [variante B: un chargeur partie au contrat de transport exclu];

b) La présente Convention ne s'applique pas dans les relations entre [variante A: les parties initiales] [variante B: le transporteur et le chargeur] parties au contrat de transport exclu."

37. On a estimé que le texte du projet d'article 10 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 n'était pas clair. Ce projet d'article vise à fournir une protection à certains tiers de façon impérative lorsque, toutefois, le contrat (par exemple une charte-partie dans un transport non régulier) entre le transporteur et le chargeur n'entre pas dans le champ d'application du projet de convention. Si l'approche fondamentale ici est la même que celle adoptée dans les Règles de La Haye et de La Haye-Visby, il n'est cependant pas possible, dans le projet de convention, de lier la protection d'un tiers à un connaissement ou un document similaire formant titre.

38. Comme mentionné plus haut sous l'intitulé "1. Discussions antérieures", le Groupe de travail a examiné la question de la protection des tiers, non seulement pour ce qui est de la formulation adéquate du texte, mais également en se fondant sur deux variantes principales. La première consiste à associer la protection à la possession d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport comme le prévoit le projet d'article 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.56. L'autre variante repose sur l'idée selon laquelle le tiers protégé est expressément désigné sans qu'il soit nécessaire d'exiger un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport.

39. Lors de la formulation de cette nouvelle proposition, on s'est de nouveau efforcé de clarifier le texte du projet d'article 10 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Ces efforts n'ont pas été jugés suffisamment fructueux. Étant donné que les conclusions auxquelles le Groupe de travail est parvenu jusqu'à présent offrent la possibilité de revenir à l'approche consistant à désigner les tiers au cas où l'approche prévoyant l'exigence d'un document ou d'un enregistrement électronique concernant le transport ne serait pas satisfaisante (voir "1. Discussions antérieures": "... l'exigence de documents a été établie étant entendu toutefois qu'il faudrait s'efforcer de concilier cette approche avec celle consistant à désigner expressément les tiers; en cas d'échec, il faudrait conserver les deux approches en

vue de la poursuite des débats”), la nouvelle proposition repose sur l’autre variante, qui consiste à désigner précisément les tiers devant être protégés. On a estimé que cette variante était préférable, pour faire avancer les discussions, au texte actuel du projet d’article 10 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/W.56.

40. Si le Groupe de travail devait néanmoins décider qu’il faut se référer à un document de transport ou à un enregistrement électronique concernant le transport, la seule variante proposée à ce stade est le texte du projet d’article 10 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Ce n’est toutefois pas la priorité donnée dans le cadre de la nouvelle proposition.

41. L’alinéa a) de l’article 10 proposé ci-dessus désigne expressément les tiers protégés. Une proposition dans ce sens avait déjà été faite au Groupe de travail, lors de l’examen des deux variantes principales mentionnées ci-dessus. Toutefois, les mots “personne visée à l’article 34” figurent entre crochets. Il s’agit du chargeur documentaire. Sa position pourrait être comparable à celle du chargeur, plutôt qu’à celle d’un tiers à protéger. La position d’un chargeur documentaire pourrait cependant ne pas être la même que celle d’un chargeur et il pourrait être nécessaire de conserver le texte entre crochets pour le moment, en attendant un débat plus approfondi.

42. L’alinéa b) de l’article 10 proposé ci-dessus indique, dans un souci de clarté, que le projet de convention ne s’applique pas dans les relations entre les parties initiales au contrat de transport exclu. Les parties initiales sont en termes généraux le “chargeur” et le “transporteur” ou, en termes d’affrètement, “l’affréteur” et le “propriétaire”, éventuellement spécifié. Deux variantes sont ainsi proposées, la variante A visant les parties initiales et la variante B le transporteur et le chargeur. Compte tenu de la terminologie précitée, il serait peut-être préférable de retenir la variante A.

43. Les deux variantes A et B de l’alinéa b) de l’article 10 proposé pourraient manquer de clarté dans une situation particulière: une charte-partie a été conclue entre X (transporteur) et Y. Un connaissement a été délivré par X à Y. Ce dernier transmet le connaissement à Z, puis le lui rachète. Il ne sera peut-être pas facile de savoir dans certains pays si Y est un tiers ou non. La question est de savoir si le projet de convention devrait apporter des solutions à tous les problèmes juridiques. Cette situation particulière pourrait être laissée à l’interprétation. Le Groupe de travail souhaitera toutefois peut-être examiner ce point plus avant. Les deux variantes suggérées ci-dessus pourraient avoir au moins quelques incidences à cet égard, même si elles ne résolvent pas la question explicitement.

44. “*Article 20. Responsabilité des parties exécutantes maritimes*

...

5. Le présent article ne s’applique pas à moins que le lieu de réception initiale des marchandises par la partie exécutante maritime ou le lieu de livraison finale des marchandises par la partie exécutante maritime se trouve dans un État contractant.”

45. Dans l’article 8 proposé ci-dessus, l’application du projet de convention est subordonnée au respect des critères géographiques. L’article 8 fonctionne en relation avec le transporteur, mais l’application du projet de convention à une partie exécutante maritime ne peut reposer exactement sur la même base car d’après

l'article 8, la partie exécutante maritime peut exercer ses activités entièrement à l'extérieur des États contractants. On a pensé que pour que le projet de convention s'applique aux parties exécutantes maritimes, il faudrait aussi un facteur de rattachement géographique particulier à un État contractant. Il s'agit là d'une nouvelle proposition et on a estimé que l'emplacement idéal pour insérer cette disposition était le paragraphe 5 de l'article 20.

46. "*Article 94. Dispositions générales*

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause d'un contrat de transport est nulle dans la mesure où elle:

a) Exclut ou limite directement ou indirectement les obligations du transporteur ou d'une partie exécutante maritime prévues dans la présente Convention;

b) Exclut ou limite directement ou indirectement la responsabilité du transporteur ou d'une partie exécutante maritime pour violation d'une obligation prévue dans la présente Convention; ou

c) Cède au transporteur ou à une personne mentionnée à l'article 19 le bénéfice de l'assurance des marchandises.

[2. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause d'un contrat de transport est nulle dans la mesure où elle:

a) Exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement les obligations, prévues dans la présente Convention, du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 34; ou

b) Exclut, limite [ou alourdit] directement ou indirectement la responsabilité du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou de la personne visée à l'article 34 pour violation de l'une quelconque de leurs obligations prévues dans la présente Convention.]"

Paragraphe 1 de l'article 94 proposé

47. Dans le chapeau du paragraphe 1, le mot "provision" (dans la version anglaise) a été remplacé par le mot "stipulation" qui fait référence à un contrat. Dans le même paragraphe, le pronom "elle" a été déplacé vers le chapeau pour éviter sa répétition aux alinéas a), b) et c). Dans le chapeau, la référence à la nullité d'une clause est clarifiée de sorte que la clause est nulle dans la mesure où elle est en conflit avec les dispositions impératives du projet de convention.

Paragraphe 2 de l'article 94 proposé

48. Aucune décision n'a encore été prise quant à la nature impérative du projet de convention eu égard aux obligations et à la responsabilité du chargeur. Une autre solution serait par exemple d'indiquer, dans chaque disposition, si celle-ci est impérative ou non. Les crochets sont maintenus à ce stade. La situation du chargeur étant affectée par d'autres dispositions que celles figurant au chapitre 8, on a remplacé les mots "prévues au chapitre 8" par "prévues dans la présente Convention" aux alinéas a) et b) du paragraphe 2 proposé ci-dessus. Toutefois, il faudrait peut-être encore préciser l'emplacement de cette référence.

49. "*Article 95. Règles spéciales pour les contrats de tonnage*

1. Nonobstant l'article 94, un contrat de tonnage auquel s'applique la présente Convention peut prévoir des droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans la Convention à condition que le contrat de tonnage énonce clairement qu'il déroge à la présente Convention et:

a) Soit négocié individuellement; ou

b) Indique clairement lesquelles de ses sections contiennent les dérogations.

2. Une dérogation en vertu du paragraphe 1 doit être énoncée dans le contrat de tonnage et ne peut être incorporée dans ce contrat par référence à un autre document.

3. Un barème public de prix et de services d'un transporteur, un document de transport, un enregistrement électronique concernant le transport ou un document similaire n'est pas un contrat de tonnage au regard du paragraphe 1, mais un contrat de tonnage peut incorporer ces documents par référence en tant que clauses contractuelles.

4. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux [droits et] obligations énoncées aux articles 16-1 a) et b), [30] et [33] ni à la responsabilité découlant de leur violation; il ne s'applique pas non plus à l'article [66] [sur la déchéance du droit de limiter sa responsabilité].

5. a) Le paragraphe 1 s'applique entre le transporteur et le chargeur.

b) Le paragraphe 1 s'applique entre le transporteur et toute autre partie qui a expressément consenti à être liée par les clauses du contrat de tonnage qui dérogent à la présente Convention. Le consentement exprès doit démontrer que la partie consentante a reçu des informations qui indiquent clairement que le contrat de tonnage déroge à la présente Convention et le consentement n'est pas exprimé dans un barème public de prix et de services d'un transporteur, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport.

c) Il incombe à la partie se prévalant de la dérogation de prouver que les conditions de dérogation ont été remplies."

Considérations générales

50. Compte tenu de la nouvelle approche adoptée pour les contrats de tonnage à l'article 9 ci-dessus, il est nécessaire d'apporter des changements rédactionnels à l'article 95, qui ne modifient toutefois rien quant au fond, sauf aux endroits indiqués ci-dessous. Deux grandes modifications de forme sont proposées. Premièrement, on a simplifié le libellé du paragraphe 1. Deuxièmement, on a supprimé le paragraphe 4 du projet d'article 95 tel qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. En conséquence, la numérotation du nouveau texte proposé ci-dessus est différente à compter du paragraphe 4.

51. Le paragraphe 4 proposé ci-dessus a été modifié quant au fond, dans l'attente cependant d'autres discussions. Il en va de même pour l'alinéa c) du paragraphe 5 proposé ci-dessus. Ces deux modifications sont expliquées en détail ci-dessous.

Paragraphe 1 de l'article 95 proposé

52. Le texte entre crochets figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 "[soit accepté par écrit ou électroniquement] a été supprimé dans le paragraphe 1 proposé ci-dessus, cette exigence figurant déjà aux articles 3 et 5.

53. Il est proposé de supprimer le terme "devoirs" qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 car on a estimé qu'il était synonyme d'"obligations", terme qui figure également dans le texte.

54. Des ajustements rédactionnels pourraient être nécessaires en vue d'harmoniser le texte du paragraphe 1 proposé avec celui du paragraphe 2 de l'article 76 relatif à la compétence, tel qu'il figure au paragraphe 73 du rapport sur les travaux de la seizième session (A/CN.9/591) (Vienne, 2005).

Paragraphe 2 de l'article 95 proposé

55. Le mot "contrat" a été remplacé par "contrat de tonnage".

Paragraphe 3 de l'article 95 proposé

56. On a débattu de la nécessité du paragraphe 3 du projet d'article 95 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. D'aucuns ont fait valoir que ce paragraphe n'ajoutait rien à la détermination du régime applicable aux contrats de tonnage à l'article 95. D'autres ont par contre indiqué qu'ils tenaient absolument à conserver le paragraphe 3 dans son libellé actuel car ils le jugent très important pour veiller à ce que les chargeurs soient pleinement informés d'une dérogation et que celle-ci ne soit pas occulte. En particulier, il a été dit que la législation des États-Unis autorisait les taux dégressifs en fonction du volume et de la durée ("time-volume rates") dans le barème public de prix d'un transporteur, qui pouvaient être interprétés comme des contrats de tonnage selon la définition générale des contrats de tonnage mise au point par le Groupe de travail. Toutes les références figurant au paragraphe 3 sont par conséquent nécessaires.

57. Puisque ceux qui jugent le paragraphe 3 inutile ont justifié leur point de vue par le fait que cette disposition n'ajoutait rien, alors que ceux qui tiennent à conserver ce paragraphe ont avancé des arguments de fond, il a été jugé approprié de proposer de conserver le paragraphe 3 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, y compris le texte entre crochets en supprimant ces derniers. Le maintien du paragraphe 3 proposé ne semble pas avoir d'effets négatifs, bien au contraire, car ce paragraphe clarifie manifestement la situation dans certains pays.

Paragraphe 4 (ancien paragraphe 5) de l'article 95 proposé

58. Ce paragraphe indique les dispositions absolument impératives auxquelles il ne peut être dérogé en aucune circonstance. Il est proposé, d'un point de vue technique, de fusionner les alinéas a) et b) de l'ancien paragraphe 5 du projet d'article 95 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et d'ajouter les mots

“droits et” entre crochets. La référence aux droits est peut-être inutile, car le paragraphe contient un libellé séparé pour l’article 66.

59. Comparé au paragraphe 5 du projet d’article 95 du document A/CN.9/WG.III/WP.56, il est suggéré de limiter les dispositions absolument impératives concernant le chargeur aux articles 30 et 33. Les renvois à ces dispositions sont toutefois mis entre crochets dans l’attente d’un débat plus approfondi. Ces articles portent en partie sur la responsabilité de plein droit du chargeur. La solution finale dépend en partie des décisions du Groupe de travail concernant le chapitre 8. La référence à l’article 66 est également entre crochets dans l’attente d’un débat plus approfondi.

Paragraphe 5 (ancien paragraphe 6) de l’article 95 proposé

60. Le libellé de ce paragraphe a été amélioré sans pour autant avoir été modifié sur le fond, sauf en ce qui concerne l’alinéa c) (anciennement la dernière phrase de l’alinéa b) du paragraphe 6 du projet d’article 95 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56). Il est proposé simultanément de supprimer le texte entre les premiers crochets à l’alinéa b) du paragraphe 6 du projet d’article 95 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 (à présent l’alinéa b) du paragraphe 5 proposé) pour les raisons exposées au paragraphe 1 ci-dessus, et de retirer la deuxième série de crochets de cet alinéa, mais de conserver le texte, de sorte qu’un tiers ait véritablement la possibilité de comprendre les dérogations et de donner un consentement en toute connaissance de cause. Les mots “un avis qui indique” ont été remplacés par “des informations qui indiquent”.

61. L’alinéa c) du paragraphe 5 proposé est nouveau. La dernière phrase de l’alinéa b) du paragraphe 6 du projet d’article 95 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 devrait porter sur la charge de la preuve non seulement entre le transporteur et toute partie autre que le chargeur, mais aussi entre le transporteur et le chargeur. Le nouvel alinéa proposé remédie à ce problème. Il est en outre proposé à cet égard de supprimer les crochets figurant à l’alinéa b) du paragraphe 6. Des dérogations pouvant avoir lieu dans les deux sens (au bénéfice du transporteur ou au bénéfice du chargeur), il n’est pas correct d’imposer la charge de la preuve au transporteur uniquement. C’est plutôt sur la partie se prévalant de la dérogation que devrait retomber cette charge, comme le prévoit le paragraphe 5 proposé ci-dessus.

62. “*Article 96. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises*

Nonobstant [variante A: les chapitres 5 et 6 de la présente Convention et les obligations du transporteur] [variante B: les articles 94 et 95], les clauses du contrat de transport peuvent exclure ou limiter les obligations ou la responsabilité à la fois du transporteur et d’une partie exécutante maritime si:

a) Les marchandises sont des animaux vivants sauf lorsque le demandeur prouve que la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le retard de livraison résulte d’un acte ou d’une omission que le transporteur ou une personne mentionnée à l’article 19 ou une partie exécutante maritime a commis témérairement en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement ou témérairement en sachant que la perte due au retard en résulterait probablement, ou

b) Le caractère ou la condition des marchandises ou les circonstances et conditions dans lesquelles le transport doit se faire sont de nature à justifier raisonnablement une convention spéciale, pour autant que des expéditions commerciales ordinaires faites au cours d'opérations commerciales ordinaires ne soient pas concernées et qu'aucun document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport ne soit émis pour le transport des marchandises."

63. Le chapeau du projet d'article 96 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 contient une référence semblable à la variante A proposée ci-dessus. Cette référence n'est pas tout à fait claire et est partiellement inutile. Compte tenu de la référence figurant au paragraphe 1 du projet d'article 95, on pourrait utiliser un libellé similaire, à savoir la variante B proposée ci-dessus dans le chapeau de l'article 96. Cette variante B fait en outre référence à l'article 95 car il est commercialement concevable que des contrats de tonnage portent sur le commerce d'animaux vivants.

64. Dans le chapeau, on a aussi ajouté le mot "obligations" par rapport au libellé du projet d'article 96 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

65. Le texte de l'alinéa a) est plus clair car il est maintenant proposé que le "demandeur" prouve que la perte a été occasionnée par un comportement intentionnel ou téméraire.

66. Le texte figurant entre crochets à l'alinéa a) du projet d'article 96 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 doit être conservé et les crochets supprimés. S'il est nécessaire de protéger le transporteur contre toute responsabilité injuste pour des animaux vivants, on a toutefois estimé équitable que le comportement intentionnel ou téméraire occasionnant une perte ne soit pas limité au transporteur, mais concerne également toute personne visée dans le projet d'article 19. Dans ces cas de figure, le transporteur serait responsable.

67. À l'alinéa a) de l'article 96, il est en outre proposé qu'au lieu de faire référence à un comportement intentionnel ou téméraire occasionnant un retard comme dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 il soit fait référence à un comportement intentionnel ou téméraire occasionnant une perte due au retard. On estime que cette proposition cadre mieux avec les références à la perte ou au dommage subi par les marchandises que le texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

O. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport: document présenté pour information par la délégation des États-Unis d'Amérique, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.62) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la dix-septième session du Groupe de travail III (Droits des transports), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a soumis au secrétariat le document ci-joint en annexe relatif aux documents de transport et aux enregistrements électroniques concernant le transport dans le projet de convention sur le transport de marchandises [totalement ou partiellement] [par mer]. La délégation a indiqué que le texte avait pour but de faciliter l'examen de la question des documents de transport et des enregistrements électroniques concernant le transport au sein du Groupe de travail en regroupant les vues et commentaires de diverses délégations en un document unique pour discussion par le Groupe de travail.

Le document figurant à l'annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

I. Introduction

1. Depuis la seizième session du Groupe de travail, les représentants et les observateurs ont pu participer à des discussions informelles sur les principales questions apparaissant au titre du chapitre 9 ("Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport") du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], qui figure en annexe au document A/CN.9/WG.III/WP.56 (cité ci-après par le numéro de l'article considéré). Un certain nombre de représentants ont procédé à des échanges de vues préliminaires sur ces questions, à la fois pour répondre à un questionnaire informel mis à la disposition de tous les représentants et observateurs et dans le cadre d'un séminaire informel à Londres organisé par la délégation italienne (les 23 et 24 janvier 2006) et qui était ouvert aux représentants, aux observateurs et à d'autres participants. Le présent document fait la synthèse de ces vues préliminaires pour faciliter les travaux du Groupe.

II. Projet d'article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport

2. Le projet d'article 37 du projet de convention dispose ce qui suit:

"Lors de la remise des marchandises au transporteur ou à la partie exécutante:

a) L'expéditeur est en droit d'obtenir un document de transport ou, sous réserve de l'article 5 a)[1], un enregistrement électronique concernant le transport constatant la réception des marchandises par le transporteur ou la partie exécutante; et

b) Le chargeur ou, si ce dernier en donne instruction au transporteur, la personne mentionnée à l'article 34[2] est en droit d'obtenir du transporteur un document de transport négociable ou, sous réserve de l'article 5 a), un enregistrement électronique négociable concernant le transport, approprié sauf si le chargeur et le transporteur sont convenus, expressément ou tacitement, de ne pas utiliser de document de transport négociable ou d'enregistrement électronique négociable concernant le transport, ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser."

3. La disposition correspondante des Règles de La Haye et de La Haye-Visby, à savoir l'article 3-3, prévoit simplement, en sa partie correspondante, ce qui suit:

---

[1] Le projet d'article 5 a) exige le consentement des parties avant que des enregistrements électroniques de transport ne puissent être utilisés.

[2] Le projet d'article 34 se réfère à la partie parfois décrite comme le "chargeur documentaire", c'est-à-dire une personne identifiée en tant que "chargeur" dans les données du contrat et qui ne peut être considérée comme "chargeur" en vertu de la définition du projet d'article 1 h).

"Après avoir reçu et pris en charge les marchandises, le transporteur ou le capitaine ou agent du transporteur devra, sur demande du chargeur, délivrer au chargeur un connaissement..."

4. L'article 14-1 des Règles de Hambourg dispose de façon similaire ce qui suit:

"Lorsque les marchandises sont prises en charge par le transporteur ou le transporteur substitué, le transporteur doit, sur demande du chargeur, émettre un connaissement."

5. La principale innovation du projet d'article 37 est fondée sur la constatation que "l'expéditeur" (défini dans le projet d'article 1 i) comme la "personne qui remet les marchandises au transporteur ou à une partie exécutante à des fins de transport") n'est pas nécessairement le "chargeur" (défini dans le projet d'article 1 h) comme la "personne qui conclut un contrat de transport avec un transporteur"). Un vendeur franco bord, par exemple, peut s'acquitter de ses obligations nées d'un contrat de vente en livrant les marchandises à un transporteur ayant précédemment conclu un contrat de tonnage avec l'acheteur. Le vendeur est "l'expéditeur" mais l'acheteur (ayant conclu un contrat avec le transporteur) est le "chargeur". En vertu des Règles de La Haye et de La Haye-Visby, il apparaît que dans ce contexte seul l'expéditeur/l'acheteur soit autorisé à obtenir un connaissement[3], mais dans la pratique tant l'expéditeur/vendeur que le chargeur/acheteur ont un intérêt légitime à obtenir un certain type de document de transport. Il est tout à fait possible que le premier ait besoin d'un reçu pour justifier un paiement au titre du contrat de vente, tandis que le second peut avoir besoin d'un document de transport pour contrôler les marchandises.

6. Au cours des travaux préparatoires du Comité maritime international (CMI), la question de savoir si le chargeur ou l'expéditeur devrait être autorisé à exiger un document de transport de la part du transporteur a été controversée. Ce différend a finalement été résolu par la constatation que les deux parties ont des besoins différents auxquels peuvent répondre différents types de documents de transport. Le texte proposé permet ainsi à l'expéditeur d'obtenir le type de document de transport dont il a besoin – à savoir un reçu qui n'est pas nécessairement la preuve du contrat de transport, pas nécessairement un titre représentatif et pas nécessairement négociable. Il permet au chargeur, en sa qualité de cocontractant du transporteur, d'obtenir le type de document de transport qui lui donne le contrôle des marchandises (et l'exécution du contrat de transport), sauf convention contraire dans le contrat.

7. À la session du Groupe de travail du printemps 2003, cette disposition a été jugée généralement acceptable quant au fond (voir A/CN.9/256, par. 25).

8. Lors de discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, environ deux tiers des représentants abordant cette question ont appuyé le projet d'article 37 en substance tel qu'il était rédigé. Certains étaient d'avis que

---

[3] Ni les Règles de La Haye ni celles de La Haye-Visby ne définissent explicitement le terme "chargeur" mais la définition du terme "transporteur" dans le projet d'article 1 a) reconnaît implicitement que le "chargeur" est la partie qui conclut un contrat de transport avec le transporteur. Les Règles de Hambourg aboutissent à un résultat incertain car l'article 1-3 associe les concepts du projet d'article 1 h) *et* du projet d'article 1 i) du projet de convention.

lorsque l'expéditeur/vendeur livre les marchandises à un transporteur ayant conclu un contrat avec le chargeur/acheteur, il les livre à une personne agissant pour le compte du chargeur/acheteur – et perd ainsi le contrôle des marchandises au profit de ce dernier. Par conséquent, l'expéditeur/vendeur n'est en droit d'obtenir qu'un reçu prouvant que la livraison a été effectuée; il n'a pas droit à un document de transport qui lui permette de contrôler encore les marchandises.

9. Les représentants participant aux consultations informelles qui étaient opposés au projet d'article 37 ont fait valoir que, dans la pratique commerciale, l'expéditeur/vendeur garde le contrôle des marchandises, au moyen d'un document de transport approprié, jusqu'au versement du prix d'achat des marchandises (souvent en vertu d'un crédit documentaire) lorsqu'il remet le document de transport. Ces représentants souhaitaient modifier le projet d'article 37 pour donner uniquement à l'expéditeur le droit d'exiger un document de transport.

10. Un représentant a suggéré que, pour surmonter ces difficultés, le transporteur devrait être autorisé à exiger la remise du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport délivré à l'expéditeur conformément au projet d'article 37 a) en tant que condition préalable à la délivrance d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport approprié à l'expéditeur conformément au projet d'article 37 b). Cela semblerait conforme à la pratique actuelle dans un certain nombre de pays selon laquelle un transporteur demande la remise d'un reçu de dock ou d'un reçu de bord avant de délivrer un connaissement négociable. Certains se sont toutefois demandés si cela n'accroîtrait pas indûment l'importance du reçu délivré en vertu du projet d'article 37 a). Si l'on considère un document de transport négociable comme le symbole de "la clef de l'entrepôt", un reçu non négociable ne deviendrait-il pas alors "la clef de la clef de l'entrepôt"?

11. Certains représentants participant aux consultations informelles ont proposé des améliorations d'ordre rédactionnel. 1) Un représentant a proposé de modifier le chapeau comme suit: "Lors de la remise *ou après* la remise des marchandises au transporteur ou à la partie exécutante", afin de tenir compte d'une situation fréquente où un expéditeur livre les marchandises au transporteur mais ne souhaite pas recevoir de document de transport avant que les marchandises n'aient été chargées sur le navire. 2) Un autre représentant a douté que l'expression "expressément ou tacitement" au paragraphe b) soit nécessaire. 3) Enfin, un représentant a estimé qu'il pourrait être utile de spécifier qu'un expéditeur est en tout état de cause en droit d'obtenir au moins un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport non négociable, même si le chargeur et le transporteur sont convenus de ne pas utiliser de document de transport ou d'enregistrement de transport négociable. Lors du séminaire de Londres organisé par la délégation italienne, il a été estimé dans l'ensemble que cette modification serait souhaitable.

III. Projet d'article 38. Données du contrat

12. Le projet d'article 38 dispose ce qui suit:

"1. Les données du contrat figurant dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport visé à l'article 37 doivent comprendre notamment:

a) Une description des marchandises;

b) Les marques principales nécessaires à l'identification des marchandises telles que fournies par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive lesdites marchandises;

c) i) Le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité, tels que fournis par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises; et

ii) Le poids tel que fourni par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive les marchandises;

d) Une indication de l'état et du conditionnement apparents des marchandises au moment auquel le transporteur ou une partie exécutante les reçoit pour le transport;

e) Le nom et l'adresse du transporteur; et

f) La date:

i) à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises; ou

ii) à laquelle les marchandises ont été mises à bord du navire; ou

iii) à laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport a été émis.

2. L'expression 'état et conditionnement apparents des marchandises' employée au paragraphe 1 désigne l'état et le conditionnement des marchandises établis à partir:

a) D'une inspection externe raisonnable des marchandises telles qu'elles sont emballées au moment où le chargeur les remet au transporteur ou à une partie exécutante; et

b) De toute inspection supplémentaire que le transporteur ou une partie exécutante réalise effectivement avant d'émettre le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport."

13. La disposition correspondante des Règles de La Haye et de La Haye-Visby (article 3-3 a) à c)), est similaire à l'article 38-1 a) à d). L'article 15-1 des Règles de Hambourg comprend une liste bien plus longue des données obligatoires à inclure dans un document de transport[4].

---

[4] L'article 15 (1) des Règles de Hambourg dispose ce qui suit:

"1. Le connaissement doit contenir, entre autres, les indications suivantes:

a) La nature générale des marchandises, les marques principales nécessaires à leur identification, une déclaration expresse le cas échéant du caractère dangereux des marchandises, le nombre de colis ou de pièces ainsi que le poids des marchandises ou leur quantité exprimée autrement, telles que ces indications ont été fournies par le chargeur;

14. Les données obligatoires figurant dans l'article 38-1 n'ont guère fait l'objet de controverse. En effet, lors des discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, tous les représentants abordant cette question ont appuyé l'article 38 en substance tel qu'il était rédigé, bien que certains se soient déclarés favorables à ce que la liste soit quelque peu rallongée. Divers représentants ont suggéré qu'une ou plusieurs des données suivantes soient ajoutées:

– Le nom et adresse du chargeur ou de l'expéditeur (comparer l'article 15-1 d) des Règles de Hambourg);

– Le nom et l'adresse du destinataire (mais peut-être seulement si ces informations sont fournies par le chargeur ou l'expéditeur) (comparer l'article 15-1 e) des Règles de Hambourg);

– Les lieux de réception et de déchargement et les ports de chargement et de déchargement (comparer l'article 15-1 f) et g) des Règles de Hambourg);

– Le nombre d'exemplaires originaux du document de transport (comparer l'article 15-1 h) des Règles de Hambourg);

– L'indication, le cas échéant, que les marchandises seront ou pourront être transportées en pontée (comparer l'article 15-1 m) des Règles de Hambourg et le projet d'article 26-3 du projet de convention); et

– L'indication de la nature dangereuse des marchandises, le cas échéant (celle-ci pourrait figurer au projet de paragraphe 1 a) relatif à la description des marchandises).

Il a été estimé, et cet avis a bénéficié d'un fort soutien, que la liste du projet d'article 38-1 ne devrait pas être allongée mais devrait être limitée aux seules données absolument nécessaires.

15. Au cours des discussions antérieures, le Groupe de travail avait examiné certaines questions d'ordre rédactionnel. Lors de la session de printemps 2003 par

---

b) L'état apparent des marchandises;
c) Le nom et l'établissement principal du transporteur;
d) Le nom du chargeur;
e) Le destinataire, s'il a été désigné par le chargeur;
f) Le port de chargement prévu dans le contrat de transport par mer et la date de prise en charge des marchandises au port de chargement;
g) Le port de déchargement prévu dans le contrat de transport par mer;
h) Le nombre d'exemplaires originaux du connaissement, s'il en existe plusieurs;
i) Le lieu d'émission du connaissement;
j) La signature du transporteur ou d'une personne agissant en son nom;
k) Le fret dans la mesure où il doit être payé par le destinataire ou toute autre indication que le fret est dû par le destinataire;
l) La mention visée au paragraphe 3 de l'article 23;
m) L'indication, le cas échéant, que les marchandises seront ou pourront être transportées en pontée;
n) La date ou le délai de livraison des marchandises au port de déchargement, si cette date ou ce délai a fait l'objet d'un accord exprès entre les parties; et
o) La ou les limites supérieures de responsabilité lorsqu'elles sont fixées d'un commun accord conformément au paragraphe 4 de l'article 6."

exemple, on avait exprimé la crainte que l'expression "telles que fournies par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive lesdites marchandises" ne soit interprétée comme imposant au chargeur une lourde responsabilité (voir A/CN.9/526, par. 28). L'intention n'était pas de créer une responsabilité quelle qu'elle fût pour le chargeur mais de préciser que l'obligation incombant au transporteur d'émettre les documents requis qui contiennent les informations spécifiées dépendait de la fourniture de ces informations par le chargeur. L'expression "*si* fournies par le chargeur" pourrait être plus appropriée. On a toutefois aussi fait observer que l'expression "*telles que* fournies" est pertinente car elle souligne que les données devraient comprendre les informations sous la forme sous laquelle le chargeur les avait fournies.

16. Lors de discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, plusieurs suggestions d'ordre rédactionnel ont été formulées concernant ces trois paragraphes. Plusieurs représentants ont estimé que le projet de paragraphe 1 a), qui porte sur la description des marchandises, devrait être nuancé de la même façon que les projets de paragraphe 1 a) et c) – par le membre de phrase "telles que fournies par le chargeur avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive lesdites marchandises" (ou par toute autre variante acceptée). Cette proposition a été largement appuyée au séminaire informel de Londres. Un représentant a suggéré d'associer les différents paragraphes concernés sous un chapeau contenant l'expression convenue, ce qui réduirait au minimum les redondances. Selon un autre représentant, l'expression "telles que fournies" était appropriée dans les projets de paragraphe 1 b) et c) i) alors que l'expression "*si* fournies" conviendrait mieux dans le projet de paragraphe 1 c) ii). (Cette proposition reposait sur l'hypothèse selon laquelle l'expéditeur devrait toujours connaître les marques principales et le nombre de colis, mais pourrait ne pas en connaître le poids.) Un représentant a estimé que l'expression convenue devrait mentionner l'"expéditeur" (sachant que si l'"expéditeur" et le "chargeur" n'étaient pas la même personne, il serait plus probable que ce soit le premier et non le second qui fournisse les informations requises). Enfin, il a été suggéré que le traitement de l'aspect temporel était trop compliqué. Les mots "avant que le transporteur ou une partie exécutante ne reçoive lesdites marchandises" devraient donc être supprimés dans ce membre de phrase.

17. Les autres projets de paragraphe ont fait l'objet de moins de propositions rédactionnelles. Un représentant s'est demandé si le projet de paragraphe 1 d) faisait référence aux marchandises se trouvant dans un conteneur et a proposé de modifier la disposition pour préciser que le transporteur ne devait indiquer que l'état et le conditionnement apparents du conteneur au moment auquel le transporteur ou une partie exécutante le reçoit pour le transport (si cela ne ressort pas assez clairement du projet de paragraphe 2). Un représentant a estimé que le projet de paragraphe f) devrait obliger le transporteur à indiquer la signification de la date du document de transport (s'il s'agit de la date de réception visée au projet d'alinéa i), de la date de chargement visée à l'alinéa ii) ou de la date d'émission visée à l'alinéa iii).

18. Aucun des représentants qui ont pris la parole au cours des consultations informelles ne s'est prononcé en faveur de sanctions expresses à l'encontre de transporteurs ne fournissant pas des informations obligatoires, mais il a été estimé qu'un transporteur ne devrait pas être autorisé à profiter d'un manquement à ses obligations au titre de cet article (par exemple en inscrivant des réserves pour

limiter sa responsabilité par colis). Un représentant a estimé que le fait que le transporteur ne fournit pas les informations requises constituerait une présomption selon laquelle des informations exactes appuieraient la partie alléguant contre le transporteur (comparer à cet égard le projet d'article 40-4). Selon un autre représentant, un manquement du transporteur aux obligations nées de cet article constituerait une rupture de contrat, ce qui permettrait d'engager une action en réparation des dommages contractuels susceptibles d'être prouvés.

IV. Projet d'article 39. Signature

19. Le projet d'article 39 dispose ce qui suit:

> "1. Un document de transport doit être signé par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier.
>
> 2. Un enregistrement électronique concernant le transport doit comporter la signature électronique du transporteur ou d'une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier. Cette signature électronique doit identifier le signataire dans le cadre de l'enregistrement électronique concernant le transport et indiquer que le transporteur autorise cet enregistrement."

20. Au cours de la session du Groupe du travail du printemps 2003, cette disposition a été jugée généralement acceptable quant au fond (voir A/CN.9/526, par. 32). Elle a depuis été révisée pour la rendre conforme aux conclusions du Groupe technique compte tenu des recommandations du groupe d'experts qui s'est penché sur les questions de commerce électronique. Il a par ailleurs été estimé que le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner s'il faudrait définir le terme "signature", comme dans l'article 14-3 des Règles de Hambourg qui dispose ce qui suit:

> "La signature apposée sur le connaissement peut être manuscrite, imprimée en fac-similé, appliquée par perforation ou par tampon, se présenter sous forme symbolique ou être portée par tout autre moyen mécanique ou électronique, si le procédé n'est pas incompatible avec la loi du pays où le connaissement est émis."

21. Au cours des discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, chaque représentant abordant cette question a appuyé le projet d'article 39 en substance tel qu'il était rédigé.

22. Le seul point litigieux était de savoir si une définition du terme "signature" était nécessaire. Quelques représentants se sont déclarés favorables à l'insertion d'une définition s'inspirant de l'article 14-3 des Règles de Hambourg ou de l'article 5 k) de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[5]. Dans leur grande majorité, les représentants participant aux discussions informelles ont indiqué qu'aucune définition n'était nécessaire.

---

[5] L'article 5 k) de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux définit le terme "signature" comme "la signature manuscrite ou un fac-similé de celle-ci, ou une authentification équivalente effectuée par tout autre moyen".

23. Aucun des représentants participant aux discussions informelles ne s'est déclaré favorable à l'inclusion de sanctions expresses à l'encontre de transporteurs ne signant pas de document de transport.

24. Un représentant a fait une proposition d'ordre rédactionnel tendant à remplacer au projet de paragraphe 1 l'expression "par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier" par "par ou pour le compte du transporteur", et au projet de paragraphe 2 l'expression "du transporteur ou d'une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier" par l'expression "du transporteur ou d'une personne agissant pour le compte de ce dernier" (comparer l'article 15-1 j) des Règles de Hambourg).

V. Projet d'article 40. Carence des données du contrat

25. Le projet d'article 40 dispose ce qui suit:

"1. Le défaut d'une ou de plusieurs des données du contrat visées à l'article 38-1, ou l'inexactitude d'une ou de plusieurs de ces données, n'a pas en soi d'incidence sur la nature juridique ou la validité du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport.

2. Si les données du contrat comprennent la date, mais n'en indiquent pas la signification, la date est considérée comme étant:

a) Si les données du contrat indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle toutes les marchandises indiquées dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport ont été chargées sur le navire; ou

b) Si les données du contrat n'indiquent pas que les marchandises ont été chargées sur un navire, la date à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises.

[3. Si les données du contrat n'identifient pas le transporteur, mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut réfuter cette présomption s'il prouve que le navire était l'objet, au moment du transport, d'un affrètement coque nue qui transfère la responsabilité contractuelle du transport des marchandises à un affréteur coque nue identifié. [Si le propriétaire inscrit réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu du présent article, l'affréteur coque nue au moment du transport est présumé être le transporteur de la même manière que le propriétaire inscrit était présumé être le transporteur.]]

4. Si les données du contrat n'indiquent pas l'état et le conditionnement apparents des marchandises au moment où le transporteur ou une partie exécutante les reçoit de l'expéditeur, le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport constitue selon le cas, soit une présomption simple, soit une preuve péremptoire, en vertu de l'article 43 que l'état et le conditionnement apparents des marchandises étaient bons au moment où l'expéditeur les a remises au transporteur ou à une partie exécutante.

26. Au cours des travaux préparatoires du CMI, diverses suggestions ont été faites quant à d'éventuelles sanctions susceptibles d'être imposées à un transporteur n'ayant pas indiqué de date sur le document de transport. Parmi les sanctions proposées figuraient "une forte amende", "la perte de moyens de recours auprès du Club de protection et d'indemnisation", la "déchéance du droit de limiter sa responsabilité" et la responsabilité en cas d'"action séparée pour toute perte résultante". (Voir 2000 CMI Yearbook, p. 184.) Il a enfin été conclu que d'autres forces garantissaient que les documents de transport étaient datés. La seule question à laquelle il fallait s'intéresser était donc celle des dates ambiguës.

27. Le projet d'article 40-3, placé entre crochets, est la partie la plus controversée de l'article (il s'agit peut-être de la disposition la plus controversée du chapitre). Lors de la première lecture de ce projet d'article, l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail était que le projet de paragraphe 3 mettait en évidence un sérieux problème qui devait être traité dans le projet de convention, mais que la question devait être étudiée plus avant en ce qui concerne les autres moyens qui permettraient de régler le problème posé et que la disposition telle qu'elle était rédigée n'était pas encore satisfaisante. Le Groupe de travail a décidé de maintenir le projet de paragraphe 3 entre crochets dans le projet de convention et de l'examiner d'une façon plus détaillée à une date ultérieure (voir A/CN.9/526, par. 60).

28. En théorie, le projet d'article 40-3 reconnaît que le propriétaire inscrit peut n'avoir aucun lien direct avec un propriétaire de marchandises particulier. En fait, il peut s'agir d'un prêteur devenu le propriétaire inscrit dans le seul but de conserver une sûreté sur le navire. Mais le propriétaire inscrit devrait savoir (directement ou indirectement) qui réserve une partie du navire pour transporter ses marchandises et devrait donc être en mesure de rediriger l'action vers la partie appropriée – à savoir le transporteur. D'une certaine façon, les systèmes juridiques qui reconnaissent la responsabilité *in rem* pour les réclamations relatives à la cargaison aboutissent indirectement à un résultat similaire.

29. D'autres approches peuvent être imaginées pour régler les problèmes que pose la non-identification du transporteur dans le document de transport. Par exemple, le transporteur pourrait perdre le bénéfice de la prescription (reconnue dans le projet de chapitre 15) ou le délai de prescription ne pourrait commencer à courir que lorsque le transporteur est correctement identifié. En outre, le transporteur pourrait être obligé de rembourser le plaignant de toute dépense engagée pour localiser le transporteur. Il a même été estimé que le transporteur pourrait perdre le bénéfice de la limitation par colis si le document de transport viole les dispositions du projet d'article 38-1 e). Toutes ces variantes ne portent cependant que sur les conséquences indirectes résultant de la difficulté à identifier le transporteur. Aucune d'elles ne propose un moyen pratique qui aide à identifier le transporteur. Le projet d'article 40-3, au contraire, incite directement la partie aisément identifiable qui est fort probablement celle qui connaît l'identité du véritable transporteur à partager cette information essentielle.

30. Lors de discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, tous les représentants abordant cette question ont appuyé le projet d'article 40-1, 2 et 4 en substance tel qu'il est actuellement libellé.

31. Le projet d'article 40-3 reste fortement controversé. Quelques représentants participant aux consultations informelles appuient le projet d'article 40-3 quant au

fond, mais suggèrent des moyens de l'améliorer. Un représentant a proposé de renforcer le projet d'article 40-3 pour protéger davantage le chargeur. Cette disposition pourrait créer une présomption irréfragable selon laquelle le propriétaire inscrit est le transporteur (ce qui serait conforme à la règle générale selon laquelle une personne est liée par les actes d'une autre personne dotée de pouvoirs apparents dans certaines circonstances). S'il doit y avoir une présomption irréfragable, il a été estimé que le propriétaire inscrit ne peut réfuter la présomption selon laquelle il est le seul transporteur que si 1) il identifie complètement le véritable transporteur, et 2) ce dernier admet qu'il est le transporteur.

32. Une majorité de représentants abordant cette question au cours des consultations informelles étaient hostiles au projet d'article 40-3 pour différentes raisons. La plupart jugeaient qu'il était inapproprié de supposer que le propriétaire inscrit est le propriétaire alors qu'il peut n'avoir aucun lien réel avec le transport. En fait, conformément au projet actuel, le propriétaire inscrit peut n'avoir eu absolument aucun lien avec le transport. Supposons que "les données du contrat ... indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné" mais qu'en fait les marchandises n'aient jamais été transportées sur ce navire. Le projet d'article 40-3 ne devrait-il viser que les cas où les marchandises ont en fait été chargées à bord d'un navire désigné? Ou il se peut que le propriétaire inscrit n'ait eu aucun lien avec la partie du transport au cours de laquelle la perte s'est produite. Pourquoi le chargement des marchandises sur un navire à des fins de transport sur la partie maritime d'une opération multimodale devrait-elle constituer une présomption quelconque quant à l'identité du transporteur pour les étapes de transport intérieur? Les représentants opposés au projet d'article 40-3 font valoir que par principe le chargeur devrait avoir la responsabilité de connaître l'identité de la partie contractante. Même les destinataires tiers, qui ne sont eux-mêmes pas en relation contractuelle avec le transporteur, devraient obliger la partie contractante – le chargeur – à révéler l'identité du chargeur plutôt que d'obliger le propriétaire inscrit à le faire.

33. Les représentants ayant participé aux consultations informelles ont également signalé une multitude de problèmes pratiques posés par le projet actuel. Par exemple, la signification de "n'identifient pas le transporteur" n'est pas claire. Aux termes du projet d'article 38-1 e), "le nom et l'adresse du transporteur" doivent figurer dans les données du contrat. Faut-il inclure ces deux données pour éviter le recours au projet d'article 40-3? Si les données du contrat comprennent le nom du transporteur mais pas son adresse, y a-t-il "absence d'identification du transporteur"? Une clause "identité du transporteur" est-elle suffisante pour identifier le transporteur? Une clause standard "identité du transporteur" en petits caractères devrait-elle pouvoir contredire d'autres informations du document de transport? De très nombreux autres problèmes se posent. Le projet d'article 40-3 admet-il le recours éventuel à des transporteurs multiples (comme de nombreux systèmes juridiques nationaux le font)? La relation entre les deux premiers membres de phrase n'est pas non plus évidente. Le premier établit une présomption, sauf preuve contraire (selon laquelle le propriétaire inscrit est le transporteur) tandis que le second décrit une façon de réfuter cette présomption. Le second membre de phrase est-il destiné à spécifier la seule façon dont la présomption peut être réfutée? Ou le propriétaire inscrit peut-il réfuter la présomption en prouvant que quelqu'un d'autre qu'un affréteur coque nue est le transporteur réel? Par exemple, le propriétaire inscrit peut-il réfuter la présomption en prouvant qu'un affréteur à

temps est le transporteur réel? Et s'il en est ainsi, l'affréteur à temps doit-il accepter la responsabilité de "transporteur" avant que le propriétaire inscrit ne soit dégagé de sa responsabilité? Même si le Groupe de travail accepte le projet d'article 40-3, un certain nombre de questions d'ordre rédactionnel devront de toute évidence être examinées.

34. Un représentant participant aux discussions informelles a estimé que le projet d'article 40-3 pourrait ne plus être nécessaire dans la pratique parce que d'autres forces imposeront le règlement de ce problème. 1) Les pressions concurrentielles ont déjà permis d'améliorer la clarté des documents de transport. 2) Les prescriptions figurant dans les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la Chambre de commerce internationale rendent les documents de transport n'identifiant pas le transporteur inacceptables pour les banques et donc pour les chargeurs cherchant à obtenir paiement en vertu d'un crédit documentaire. 3) Le projet d'article 38-1 e) du projet oblige déjà à indiquer le nom et l'adresse du transporteur. 4) Le régime créé par le projet d'article 49 constitue pour le transporteur une forte incitation à indiquer son nom et son adresse dans le document de transport.

VI. Projet d'article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

35. Le projet d'article 41 dispose de ce qui suit:

"Le transporteur, s'il agit de bonne foi lorsqu'il émet un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport, peut apporter des réserves aux informations mentionnées à l'article 38-1 a), 38-1 b) ou 38-1 c) dans les cas et de la manière décrits ci-dessous pour indiquer qu'il ne répond pas de l'exactitude des informations fournies par le chargeur:

a) S'agissant de marchandises non conteneurisées:

i) si le transporteur peut montrer qu'il n'avait pas de moyen raisonnable de vérifier les informations fournies par le chargeur, il peut en faire état dans les données du contrat en indiquant les informations en question; ou

ii) si le transporteur a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur sont inexactes, il peut inclure une clause indiquant ce qu'il considère raisonnablement comme des informations exactes;

b) S'agissant de marchandises qui sont remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, sauf si le transporteur ou une partie exécutante inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a, d'une autre manière, effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport, à condition toutefois que, dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle clause s'il a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes, le transporteur peut inclure dans les données du contrat une réserve concernant:

i) les marques principales apposées sur les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur; ou

ii) le nombre de colis, le nombre de pièces ou la quantité de marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur;

c) S'agissant de marchandises remises au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, le transporteur peut apporter des réserves à toute mention du poids des marchandises ou du poids d'un conteneur et de son contenu en indiquant expressément qu'il n'a pas pesé le conteneur:

i) s'il peut montrer que ni lui ni une partie exécutante n'ont pesé le conteneur; et si le chargeur et le transporteur ne sont pas convenus avant l'expédition de peser le conteneur et de mentionner le poids dans les données du contrat; ou

ii) s'il peut montrer qu'il n'y avait pas de moyen raisonnable de vérifier le poids du conteneur."

36. Cet article a été rédigé en partant du principe que le chargeur est toujours en droit d'obtenir un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui tienne compte des informations qu'il a fournies au transporteur. (Aux discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, notamment au séminaire informel organisé à Londres, tous les représentants qui abordaient la question ont approuvé ce principe.) La question qui se pose ici est de savoir dans quels cas le transporteur peut apporter des réserves aux informations fournies par le chargeur ou donner des informations supplémentaires qui contredisent éventuellement celles du chargeur.

37. À la session du Groupe de travail tenue au printemps 2003, plusieurs propositions ont été faites en vue d'un examen plus poussé. Certaines d'entre elles ont déjà été incorporées dans le texte. Parmi les autres propositions que le Groupe de travail voudra peut-être examiner sont les suivantes:

– Insérer un texte semblable à l'article 41 a) ii) dans le projet de paragraphe b) pour le cas où le transporteur a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes.

– Faire obligation au transporteur qui décide d'assortir de réserves les informations données dans le document de transport d'en consigner les raisons.

– Traiter dans le projet de convention du cas où le transporteur accepte de ne pas assortir de réserves la description des marchandises, par exemple pour ne pas gêner l'émission d'un crédit documentaire, mais obtient une garantie du chargeur.

– Si le transporteur, agissant de mauvaise foi, s'abstient de son plein gré de faire des réserves sur les informations dans les données du contrat, un tel comportement devrait être sanctionné et le transporteur ne devrait pouvoir invoquer aucune limitation de responsabilité.

(Voir A/AC.9/526, par. 37.) Aux discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, chacune de ces propositions a bénéficié au moins d'un certain appui.

38. Bien que la plupart des représentants qui abordaient la question aux consultations informelles se soient déclarés favorables au projet d'article 41 quant au fond, certains ont fait des mises en garde et des propositions rédactionnelles. Un représentant a estimé qu'il était nécessaire d'opérer une distinction entre les cas où le chargeur *peut* apporter des réserves aux informations fournies par le transporteur (pour se dégager de toute responsabilité en cas d'endommagement des marchandises) et les cas où il *doit* le faire (afin de protéger des tiers). Cette proposition a bénéficié d'un vaste soutien au séminaire informel de Londres. Un autre représentant a estimé qu'il serait possible de supprimer le projet de paragraphe b) et d'appliquer le projet de paragraphe a) aux marchandises conteneurisées. (Au lieu de cela, un texte semblable à l'article 41 a) ii) pourrait être inséré dans le projet de paragraphe b).) Les participants au séminaire informel de Londres sont convenus que les projets de paragraphes a) et b) devaient être examinés conjointement, notamment en vue de combler d'éventuelles lacunes (en ce qui concerne, par exemple, les marchandises se trouvant dans un conteneur ouvert et la description des marchandises se trouvant dans un conteneur fermé). Plusieurs représentants ont estimé qu'il serait utile de préciser la personne à qui incombait la charge de la preuve (même si un représentant a proposé de laisser à la législation nationale le soin de régler cette question).

39. Certains représentants participant aux consultations informelles ont émis des doutes en ce qui concerne l'utilisation de la notion de "bonne foi" qui, ont-ils signalé, n'existait pas dans leur système juridique. Même si la notion de "bonne foi" était conservée, certains représentants ont estimé qu'elle posait problème en l'occurrence. Concernant la question de savoir s'il faut opérer une distinction entre les cas où le chargeur *peut* faire des réserves sur les informations et ceux où il *doit* le faire (une distinction éventuelle mentionnée au paragraphe précédent), il serait utile de prendre en considération que la notion de "bonne foi" pouvait avoir des effets différents dans les deux cas.

VII. Projet d'article 42. Moyen raisonnable de vérification et bonne foi

40. Le projet d'article 42 dispose de ce qui suit:

"Aux fins de l'article 41:

a) Un "moyen raisonnable de vérification" doit être non seulement matériellement praticable mais aussi commercialement raisonnable;

b) Le transporteur agit de "bonne foi" en émettant un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport:

i) s'il ignore effectivement que l'une quelconque des indications essentielles figurant dans le document ou l'enregistrement est gravement fausse ou trompeuse; et

ii) lorsqu'il n'a pas intentionnellement omis de déterminer si une indication essentielle figurant dans le document ou l'enregistrement est fausse ou trompeuse parce qu'il pense que cette indication est susceptible d'être gravement fausse ou trompeuse;

c) Il incombe à la partie alléguant que le transporteur n'a pas agi de bonne foi lorsqu'il a émis un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport de prouver ses allégations."

41. À la session du Groupe de travail tenue au printemps 2003, le projet d'article 42 a été jugé généralement acceptable quant au fond. (Voir A/CN.9/526, par. 43.) Aux discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, tous les représentants abordant la question ont appuyé le projet d'article 42 quant au fond, tel qu'il est actuellement rédigé (un représentant a toutefois proposé de modifier le libellé du projet de paragraphe b) en se référant à la "mauvaise foi" et non à la "bonne foi").

VIII. Projet d'article 43. Présomption simple et preuve péremptoire

42. Le projet d'article 43 dispose de ce qui suit:

"Sauf disposition contraire de l'article 44, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui atteste la réception des marchandises constitue:

a) Une présomption simple de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat; et

b) Une preuve péremptoire de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat:

[i) si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport a été transféré à un tiers agissant de bonne foi; [ou

ii) <u>Variante A du sous-alinéa b) ii)</u>

si une personne agissant de bonne foi a payé un prix ou a de toute autre manière modifié sa situation en se fiant à la description des marchandises figurant dans les données du contrat.]

ii) <u>Variante B du sous-alinéa b) ii)</u>

si aucun document de transport négociable ou aucun enregistrement électronique négociable concernant le transport n'a été émis et si le destinataire a acheté et payé les marchandises en se fiant à leur description figurant dans les données du contrat.]"

43. À la session du Groupe de travail tenue au printemps 2003, les projets de paragraphes a) et b) i) ont été jugés généralement acceptables quant au fond. (Voir A/CN.9/526, par. 44 à 48.) Aux discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, y compris le séminaire informel de Londres,

tous les représentants qui abordaient la question ont appuyé les projets de paragraphes a) et b) i) quant au fond, tel qu'ils sont actuellement rédigés.

44. Le projet de paragraphe b) ii) a prêté davantage à controverse. (Voir A/CN.9/526, par. 44 à 48). Depuis la session du Groupe de travail tenue au printemps 2003, deux nouvelles variantes ont été incorporées dans le projet de paragraphe b) ii). D'après la variante B plus restrictive, un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique concernant le transport ne peut constituer une preuve péremptoire que si le destinataire a acheté et payé les marchandises en se fiant aux données du contrat. Le chargeur et le transporteur pourront, par exemple, utiliser un document de transport non négociable au motif que les marchandises ne seront pas revendues en route. Le contrat de vente peut prévoir le paiement lorsque le chargeur remet au destinataire le document de transport, car ce dernier prouve que les marchandises ont réellement été expédiées. Le destinataire se baserait donc sur les données du contrat pour payer les marchandises. En revanche, si une transaction similaire était effectuée avec une lettre de crédit, la variante B ne protégerait pas la banque qui a avancé le prix d'achat au destinataire et pris une sûreté réelle sur les marchandises. La variante A plus large permettrait également de protéger la banque qui s'est fiée aux données du contrat pour avancer la somme au destinataire.

45. Aux discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, y compris le séminaire informel de Londres, il est devenu évident que les avis sur le projet de paragraphe b) ii) étaient aussi nombreux que divers. Dans leur majorité, les représentants qui abordaient la question se sont déclarés favorables à la variante A plus large. En fait, un représentant appuierait une version encore plus large qui protégerait tous les tiers (pour ce qui est du moins de certains documents de transport non négociables) qu'ils aient ou non payé un prix ou de toute autre manière modifié leur situation en se fiant à la description des marchandises figurant dans les données du contrat. La minorité était partagée entre les représentants qui préconisaient la variante B plus restrictive et ceux qui étaient opposés aux deux variantes (au motif que seuls les documents négociables devraient pouvoir constituer une preuve péremptoire).

46. Deux représentants participant aux consultations informelles ont proposé de remanier le texte dans un souci de viser directement les documents de transport non négociables parfois appelés connaissements à personne dénommée ou "recta" bills of lading. Cette proposition a été largement appuyée au séminaire informel de Londres.

IX. Projet d'article 44. Force probante des réserves

47. Le projet d'article 44 dispose de ce qui suit:

> "Si les données du contrat comprennent une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41, le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport ne constitue pas une présomption simple ou une preuve péremptoire en vertu de l'article 43 dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises."

48. Le projet d'article 44 est la disposition centrale du chapitre, car il définit les conditions dans lesquelles la plupart des autres articles ont une signification pratique. Les projets d'articles 41 et 42, par exemple, précisent dans quels cas le transporteur peut apporter des réserves à la description des marchandises figurant dans les données du contrat, tandis que le projet d'article 44 précise dans quels cas une réserve a une signification pratique si bien qu'elle prime la présomption simple ou la preuve péremptoire qui existerait autrement en vertu de l'article 43. En outre, l'obligation fondamentale faite au projet d'article 37 d'émettre un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport et l'obligation faite au projet d'article 38 d'y inclure une description des marchandises ont une signification pratique dans la mesure où la description produit des effets, ce qui dépend en dernier ressort du projet d'article 44.

49. À la session du Groupe de travail tenue au printemps 2003, il a été estimé que le projet d'article 44 "était trop favorable au transporteur" en lui permettant de se prévaloir de réserves, quel que soit l'état dans lequel il livrait les marchandises. (Voir A/CN.9/526, par. 50). Une variante concernant les chargements conteneurisés (figurant dans la note 154 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 et précédemment dans la note 146 du document A/CN.9/WG.III/WP.32) ne permettrait au transporteur de se prévaloir de réserves que s'il est en mesure d'établir la chaîne de possession en livrant un conteneur pour l'essentiel dans l'état dans lequel il l'avait reçu:

Variante de l'article 44

1. "Si les données du contrat comprennent une réserve, le document de transport ne constitue pas une présomption, sauf preuve contraire, ou une présomption absolue en vertu de l'article 43, dans la mesure où cette réserve est apportée à la description des marchandises, lorsque celle-ci 'produit des effets' conformément au paragraphe 2.

2. Une réserve dans les données du contrat produit des effets aux fins du paragraphe 1 dans les circonstances suivantes:

a) Pour les marchandises non conteneurisées, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41 produit des effets correspondant à son libellé;

b) Pour des marchandises expédiées en conteneur fermé, une réserve conforme aux prescriptions de l'article 41 produit des effets correspondant à son libellé:

i) Si le transporteur ou une partie exécutante livre le conteneur intact et non endommagé, hormis tout dommage au conteneur dépourvu de lien de causalité avec une perte ou un dommage quelconque subi par les marchandises; et

ii) S'il n'existe aucune preuve qu'après sa réception par le transporteur ou une partie exécutante le conteneur a été ouvert avant la livraison, sauf si:

1) Le conteneur a été ouvert à des fins d'inspection,

2) L'inspection a été réalisée en présence de témoins appropriés, et

3) Le conteneur a été dûment refermé après l'inspection, et a été à nouveau scellé s'il avait été scellé avant l'inspection."

50. Il est rendu compte des délibérations du Groupe de travail sur cette question à la session de printemps 2003 aux paragraphes 49 à 52 du document A/CN.9/526. Les représentants voudront peut-être également examiner les observations formulées à ce sujet aux paragraphes 150 à 154 du document A/CN.9/WG.III/WP.21.

51. Aux discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, une vaste majorité des représentants exprimant un avis sur la question a appuyé le projet d'article 4 quant au fond, tel qu'il était rédigé. Une minorité de représentants appuyait toutefois fermement la variante figurant dans la note 154. Un représentant a estimé que les principes de la variante devraient aussi s'appliquer aux marchandises non conteneurisées se trouvant dans des emballages scellés.

X. Projet d'article 45. "Fret payé d'avance"

52. Le projet d'article 45 dispose de ce qui suit:

"[Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, ni le porteur ni le destinataire ne sont tenus de régler le fret. Le présent article ne s'applique pas si le porteur ou le destinataire est également le chargeur.]"

53. Cette disposition avait initialement été incorporée dans un projet de chapitre sur le fret. (Voir le projet d'article 9-4 a) dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21 et le projet d'article 44-1 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32). À la session du Groupe de travail tenue au printemps 2004, alors que la majeure partie du chapitre relatif au fret était supprimée du projet, il a été décidé de conserver, pour l'examiner ultérieurement, la disposition qui figure à présent (entre crochets) comme projet d'article 45. Il a été estimé que la disposition pourrait protéger les tiers porteurs d'un document de transport et clarifier leur situation (voir A/CN.9/552, par. 163 et 164).

54. Aux discussions informelles tenues depuis la dernière session du Groupe de travail, la plupart des représentants abordant la question ont appuyé le projet d'article 45 quant au fond, tel qu'il était rédigé. Un représentant a estimé que le projet d'article 45 pourrait également 1) s'appliquer aux documents de transport non négociables et enregistrements électroniques concernant le transport (en particulier s'ils peuvent constituer une preuve péremptoire en vertu du projet d'article 43 b) ii)) et 2) donner à la mention "fret payé d'avance" l'effet d'une présomption simple si une réclamation est faite à l'encontre du chargeur.

55. Un petit nombre de représentants participant aux consultations informelles se sont en revanche déclarés favorables à une révision de l'article afin de l'aligner quant au fond sur l'article 16-4 des Règles de Hambourg, qui dispose de ce qui suit:

> "Un connaissement qui ne mentionne pas le fret, comme prévu à l'alinéa k) du paragraphe 1 de l'article 15 [voir note 4], ou n'indique pas d'une autre manière que le fret est dû par le destinataire ou qui n'indique pas les surestaries encourues au port de chargement dues par le destinataire constitue une présomption, sauf preuve contraire, qu'aucun fret ni surestaries ne sont dus par le destinataire. Toutefois, le transporteur n'est pas admis à faire la preuve contraire lorsque le connaissement a été transmis à un tiers, y compris un destinataire, qui a agi de bonne foi en se fondant sur l'absence d'une telle mention au connaissement."

56. Cette révision aurait pour effet d'inverser la présomption. Aux termes de l'article 45, tel que rédigé, le transporteur conserve selon la convention le droit à obtenir paiement du fret de la part du destinataire sauf si une mention affirmative ("fret payé d'avance", par exemple) figure dans le document de transport. En vertu de l'article 16-4 des Règles de Hambourg, la convention n'autorise pas le transporteur à obtenir paiement du fret de la part du destinataire sauf si une mention affirmative ("fret dû par le destinataire", par exemple) figure dans le document de transport.

57. Près de la moitié des représentants abordant la question aux consultations informelles ont été favorables à l'incorporation du projet d'article 45 dans le projet de convention au motif qu'il réglait deux problèmes d'ordre pratique que pose la législation actuelle. Premièrement, il clarifiait la position des banques (et des tiers en général). Si un document de transport contient la mention "fret payé d'avance", une banque ne sera jamais responsable du fret. Deuxièmement, si un transporteur tente d'obtenir paiement du fret de la part du chargeur en vertu d'un document contenant la mention "fret payé d'avance", la disposition du projet d'article 45 réfute l'argument de défense injustifié du chargeur selon lequel un document contenant la mention "fret payé d'avance" est un reçu émis par le transporteur qui prouve que le fret a en réalité déjà été payé. Un quart des représentants ne voyait aucune objection à incorporer dans le projet de convention le projet d'article 45, pour l'essentiel tel qu'il était rédigé actuellement, même s'ils n'estimaient pas qu'une telle disposition soit nécessaire.

58. Près d'un quart des représentants abordant la question aux consultations informelles s'est déclaré opposé à l'incorporation du projet d'article 45 dans le projet de convention, sous sa forme actuelle. Parmi eux, certains étaient favorables à une disposition semblable à l'article 16-4 des Règles de Hambourg tandis que d'autres préféraient simplement que la question soit réglée au niveau de la législation nationale.

59. Certains représentants participant aux discussions informelles ont proposé des améliorations rédactionnelles qui se rapprochent des modifications de fond. La principale amélioration concerne l'invocation par le transporteur d'un droit de gage ou de rétention lorsqu'un destinataire ou un autre tiers demande les marchandises. La version actuelle confirme que le destinataire ou tout autre tiers n'est pas tenu de payer le fret, mais il n'est pas dit explicitement si le transporteur peut ou non conserver les marchandises (ce qui aurait pour effet pratique d'obliger le destinataire ou tout autre tiers à payer le fret afin de prendre livraison). Le problème pourrait être réglé si l'on modifiait la première phrase du projet d'article 45 comme suit:

> "Lorsque les données du contrat figurant dans un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, *le transporteur ne peut pas affirmer à l'encontre du porteur ou du destinataire que le fret n'a pas été payé*."

60. Il a été aussi estimé qu'il faudrait préciser dans le projet (ici ou dans la définition de "fret") que – aux fins du présent article – le "fret" ne comprenait ni les surestaries ni les coûts encourus par le transporteur au titre des marchandises durant leur transport.

P. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: livraison au destinataire: proposition de la délégation suisse, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.63) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la dix-septième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement suisse a soumis le texte d'une proposition relative au droit de rétention du transporteur sur les marchandises dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], pour examen par le Groupe de travail. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Livraison au destinataire: Proposition de la délégation suisse concernant le droit de rétention du transporteur sur les marchandises

I. Contexte

1. Comme l'indique le rapport sur les travaux de la seizième session du Groupe de travail III (voir A/CN.9/591, par. 221 et 222), la délégation suisse a proposé, lors de l'examen du chapitre 10 ("Livraison au destinataire") du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], l'insertion d'une disposition régissant le droit du transporteur de retenir la cargaison pour certaines raisons particulières. Accorder au transporteur un tel droit reviendrait à lui permettre de suspendre, si le chargeur et/ou le destinataire manquent à certaines de leurs obligations, l'exécution de l'obligation de livrer la cargaison au destinataire qui lui incombe en vertu des projets d'articles 13, 48 b) et 49 a) i) et ii).

2. Faute de disposition de ce type dans le projet de convention, il peut se poser la question de savoir si, et dans quelle mesure, les dispositions de la législation nationale relatives à la rétention des marchandises et/ou aux privilèges sur la cargaison peuvent être appliquées, le silence du projet de convention à ce sujet pouvant être interprété comme indiquant que la question a été traitée, puisque les aspects de la livraison sont abordés de la manière détaillée actuellement proposée au projet de chapitre 10.

3. Cela est d'autant plus vrai que le chapitre 10 prévoit en fait implicitement un droit de retenir les marchandises (et de ne pas effectuer la livraison ou de la différer) dans certains cas particuliers. Il s'agit actuellement des cas suivants:

Article 47

Droit de refuser de livrer les marchandises à moins qu'il n'en soit accusé réception (c'est du moins notre interprétation du projet actuel);

Article 48 b) (Variante C)

Droit de refuser de livrer les marchandises à moins que le destinataire ne produise un document d'identification approprié.

4. Par ailleurs, le projet de Convention pourrait être interprété comme excluant toute possibilité pour les parties de convenir dans le contrat de transport (comme cela se fait très souvent dans la pratique actuelle) d'une clause de rétention ou de privilège, l'obligation de livrer les marchandises au lieu de destination en vertu de l'article 13 étant rendue impérative par l'article 94-1 a). Par conséquent, en l'absence, dans ce projet de convention, de précision relative au droit de retenir la cargaison dans certaines situations, toute clause de privilège traditionnelle convenue en vertu des régimes juridiques actuels pourrait être frappée de nullité.

5. Ce droit de retenir les marchandises (et d'exercer sur celles-ci un privilège) est d'une importance cruciale pour le transporteur, comme d'ailleurs pour toute partie contractante concernée par une relation juridique comparable. C'est un moyen

essentiel et une forme de garantie du paiement des services rendus en rapport avec l'objet considéré. D'autres Conventions de la CNUDCI, par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dans son article 71, prévoient que les parties contractantes ont de tels droits. S'agissant des contrats de transport, un tel droit garantit au transporteur d'être payé en totalité avant d'exécuter le contrat en livrant les marchandises au destinataire. Le projet de convention devrait aussi permettre que l'on ait recours à une telle pratique à l'avenir.

6. Actuellement, l'étendue du droit de retenir la cargaison et la manière dont ce droit de rétention doit être exercé ne sont pas harmonisées, mais dépendent pour l'essentiel du droit applicable, ou plus exactement, des règles de conflit de lois. La valeur de toute clause de privilège, sa portée, sa validité et son application pratique, dépendent donc essentiellement du droit applicable tel qu'il est reconnu au lieu où ces droits doivent être exercés. Dans la pratique, ce droit de rétention devient ainsi extrêmement circonstanciel et aléatoire.

7. La délégation suisse est d'avis qu'il faudrait introduire une disposition de fond sur le droit de retenir la cargaison pour garantir le paiement du fret (et d'autres créances pécuniaires nées du contrat de transport). Elle est consciente que la décision du Groupe de travail quant à la manière de traiter la question du droit de retenir les marchandises et d'exercer sur celles-ci des privilèges pourrait avoir une incidence sur d'autres dispositions du chapitre sur la livraison (chapitre 10), qui devraient alors être adaptées au cours du processus rédactionnel. Elle suggère donc que le Groupe de travail prenne d'abord une décision relative aux principes et au caractère plus ou moins détaillé du futur instrument, et qu'il prie ensuite le secrétariat de la CNUDCI d'établir une version consolidée, qui prenne en compte les aspects du droit du transporteur de retenir les marchandises dans les différentes situations prévues dans le projet de convention.

8. La délégation suisse est d'avis qu'une telle disposition ne devrait traiter ni des questions de procédure, ni des questions de propriété ou de droits réels. Les projets de disposition devraient donner une réponse (non impérative) aux questions les plus importantes:

1. Une telle rétention est-elle autorisée?
2. Le transporteur a-t-il le droit de vendre la cargaison?
3. Le destinataire ou la partie contrôlante doit-il être averti?

II. Variante A proposée pour le projet d'article 52 *bis*

9. La proposition de la délégation suisse reprend comme base des discussions futures le projet de disposition de l'article 45 initialement prévu dans le chapitre sur le fret (voir A/CN.9/WG.III/WP.32), mais supprimé par la suite par le Groupe de travail (voir A/CN.9/552, par. 164). Cette disposition, telle que modifiée par la présente proposition, serait libellée comme suit:

Article 52 *bis*

1. Nonobstant toute convention contraire, lorsque et dans la mesure où, en vertu de la loi nationale applicable au contrat de transport, le destinataire est tenu d'effectuer le paiement:

a) du fret, du faux fret, des surestaries, des contrestaries et de toutes autres dépenses remboursables engagées par le transporteur en rapport avec les marchandises;

b) de tous dommages-intérêts dus au transporteur en vertu du contrat de transport; et

c) de toute contribution à l'avarie commune due au transporteur en rapport avec les marchandises;

le transporteur a le droit de retenir les marchandises jusqu'à ce que ledit paiement ait été effectué, ou qu'une garantie suffisante couvrant ce paiement ait été constituée.

2. Lorsque le paiement visé au paragraphe 1 du présent article n'a pas été effectué, ou ne l'a pas été intégralement, le transporteur a le droit de vendre les marchandises [conformément à la procédure éventuellement prévue par la loi nationale applicable] et de prélever les montants qui lui sont dus [y compris les dépenses liées à ce recours] sur le produit de cette vente. Tout solde du produit de cette vente est mis à la disposition de la personne ayant droit aux marchandises.

10. Dans cette proposition, les crochets encadrant, dans l'ancien article 45 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, les mots "Nonobstant toute convention contraire" sont supprimés, pour bien montrer que les clauses contractuelles ayant pour effet de décrire le droit de rétention sont autorisées par le projet de convention.

11. Le projet de disposition énoncé dans la variante A ci-dessus ne mentionne pas l'obligation du transporteur d'avertir les personnes ayant un droit sur les marchandises de son intention d'exercer ses droits de rétention et de vente. Il est proposé d'ajouter une disposition de ce type.

12. En outre, il faudrait soit aligner le libellé du second paragraphe de la variante A ci-dessus sur les paragraphes 2) et 3) de l'article 51 du projet de convention (usage fait du produit de la vente), soit rendre lesdits paragraphes applicables au droit de rétention.

13. Lorsqu'il se penchait, au cours des sessions précédentes, sur le chapitre du fret, le Groupe de travail n'a pas examiné de manière très approfondie la disposition relative au droit de retenir les marchandises. Il est cependant apparu clairement que cette disposition soulève des questions qui sont assez complexes et qui, dans une certaine mesure, touchent à certains aspects du droit réel et au droit procédural. La délégation suisse estime que cela ne devrait pas empêcher la CNUDCI et son Groupe de travail de tenter de réglementer des questions relatives à l'exercice d'un tel droit de rétention, et de permettre ainsi aux professionnels de pouvoir envisager cette question sous un aspect prévisible.

III. Variante B proposée pour le projet d'article 52 *bis*

14. Au lieu d'un projet de disposition conforme à la variante A ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être limiter la portée du projet de convention, en permettant simplement au droit applicable et/ou aux parties de prévoir un droit de rétention des marchandises. La disposition pourrait alors être libellée comme suit:

Article 52 *bis*

Aucune disposition de la présente Convention ne saurait porter atteinte au droit reconnu au transporteur ou à la partie exécutante [maritime], en vertu du contrat de transport ou du droit applicable, d'exercer un droit de rétention sur les marchandises jusqu'à ce que les montants dus au transporteur aient été payés en totalité.

IV. Droit de rétention dans les cas visés dans les articles 47 et 48 b)

15. Indépendamment de toute décision relative aux deux variantes ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être examiner une disposition qui précise le droit de rétention dans les cas visés dans les articles 47 et 48 b). Une telle disposition pourrait être libellée comme suit:

Le transporteur peut retenir les marchandises ou s'abstenir de les livrer au destinataire

a) Si le destinataire n'a pas accusé réception des marchandises conformément à l'article 47; ou

b) Si le destinataire n'a pas produit de document d'identification conformément à l'article 48 b).

16. Les deux possibilités pour le transporteur de refuser les livraisons pourraient aussi être exposées dans un nouvel alinéa c) inséré au projet d'article 51-1.

Q. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: observations du Conseil des chargeurs maritimes d'Europe, soumises au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.64) [Original: français]

Note du secrétariat

En prévision de la dix-septième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Conseil des chargeurs maritimes d'Europe a soumis au secrétariat le document ci-joint en annexe présentant ses observations relatives au projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. On trouvera en annexe à la présente note ce texte tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

1. Le Conseil des chargeurs européens (ESC) est l'organisme qui représente les intérêts des sociétés industrielles et commerciales européennes en tant qu'utilisateur de tous les modes de transports. Les "chargeurs" sont fondamentalement des producteurs ou distributeurs de biens qu'ils commercialisent et distribuent à leurs clients. Le transport maritime est pour eux le principal vecteur des échanges internationaux.

2. Dans la perspective des travaux de Groupe de Travail III de la CNUDCI qui se réunira à New York en avril 2006, les chargeurs européens entendent donner leur position sur les principaux sujets qui sont à l'agenda de cette session en se basant sur le texte A/CN.9/WG.III/WP.56.

3. Ce document est également complété par une analyse des articles que le groupe de travail n'a pas pu étudier ou sur lesquels il n'est pas arrivé à conclure lors de la précédente session de Vienne.

Droit d'action

4. Les chargeurs se félicitent que cette question soit abordée dans le projet d'instrument car dans la pratique, il est très fréquent qu'un chargeur exportateur qui s'est dessaisi du document de transport (ex: remise en banque dans le cadre d'une lettre de crédit) se voie contester son droit à agir contre le transporteur maritime lorsqu'il cherche à être indemnisé d'une avarie à la marchandise qui ne lui a pas été payée par le destinataire (acheteur en faillite, L/C non acquitté, etc.). La règle actuelle basée sur la détention du document de transport est trop rigide et aboutit à des solutions souvent inéquitables.

5. Article 67

Dans cette perspective, les chargeurs considèrent que la rédaction de la variante B est préférable, l'approche par une règle générale permet plus de simplicité et de clarté et évite le problème d'une liste incomplète de la variante A. La notion d'intérêt légitime permet de tenir compte du contrat commercial (INCOTERMS), tout comme des éléments de fait.

6. Article 68

Les chargeurs sont favorables à cet article qui permet au chargeur qui s'est dessaisi du B/L d'agir malgré tout contre le transporteur ou une partie exécutante. Cependant ils soulignent que la preuve négative qui est, dans ce cas, demandée peut être difficile à apporter.

Chapitre 15. Délais pour agir

7. Article 69

Concernant le délai pour intenter une action, un an apparaît trop court. Cette solution découle certes de la tradition maritime mais cette tradition très ancienne s'appuie sur des délais qui n'ont plus cours dans les conventions de conception récente (Hambourg, Montréal). En pratique les litiges sont de plus en plus souvent réglés dans le cadre d'une assurance. Il serait plus judicieux de laisser aux parties

une année supplémentaire pour résoudre les litiges à l'amiable avant d'avoir recours aux tribunaux ou à l'arbitrage.

Concernant le mode d'extinction des actions, les chargeurs préfèrent la solution moderne de la prescription, et la rédaction figurant dans la variante B.

8. Article 70

Cet article est classique et a notre adhésion pour peu que l'on évite la notion de "dernier jour" qui risque d'être sujette à trop de contestation.

9. Article 71

Il semble plus logique aux chargeurs qui sont généralement dans la position du demandeur, que ce soit ce dernier qui ait l'initiative de la demande de prorogation du délai de prescription. En tout état de cause, l'acceptation de la prorogation devrait nécessiter l'acceptation des deux parties. Les chargeurs refusent de concevoir que le transporteur puisse unilatéralement proroger le délai de prescription.

10. Article 72

S'agissant d'une convention internationale destinée à uniformiser le droit, le paragraphe a) ne s'impose pas et devrait être supprimé. En ce qui concerne le paragraphe b), la variante A a notre préférence car elle ouvre un délai plus bref, ce qui ne serait pas le cas pour la variante B ii).

La variante A devrait devenir l'article unique.

11. (Article 73)

12. Article 74

La possibilité d'intenter une action contre l'affréteur coque nue est un principe qui est favorablement accueilli par les chargeurs. Cependant il serait souhaitable d'éviter une référence à la loi nationale afin de maintenir une sécurité juridique. Les chargeurs sont donc en faveur de la suppression du a), le b) devant devenir l'article unique, les i) et ii) pouvant être fusionnés.

Limitation de la responsabilité

13. La question de la limitation de responsabilité est, pour les chargeurs, indissociable de la question des cas d'exonération de responsabilité. Ils rappellent qu'au moment de la rédaction de la Convention de Hambourg il a été tenu compte de la disparition des cas exceptés pour fixer des montants faibles pour le calcul du plafond de limitation de responsabilité. Le fait que l'instrument renoue à nouveau avec le concept des cas exceptés devrait amener le Groupe de travail, lorsqu'il se penchera sur ce point, à relever nettement les montants, et ce, nonobstant la probable augmentation des valeurs moyennes des marchandises survenue au cours des dernières décennies.

14. Article 64

Le premier paragraphe ne pose pas de problème.

La variante B du paragraphe 2 a la faveur des chargeurs en raison de sa formulation claire. Néanmoins nous souhaitons éviter le renvoi à la loi nationale à la

fois dans un but de simplicité mais également pour plus de sécurité juridique. Concernant les articles 3 et 4, il est souhaitable de conserver le terme “conteneur” dans le texte plutôt que d’utiliser le terme “engin de transport” qui n’a pas de signification précise dans la pratique.

15. Article 65

Responsabilité pour préjudice causé par le retard

16. Les chargeurs attirent l’attention des membres du Groupe de travail sur le fait qu’ils sont plus souvent victimes de préjudices liés à des déficiences de service (laissés à quai, sauts d’escales, retards de livraison) qu’à des avaries proprement dites, que la généralisation de la conteneurisation a contribué à réduire fortement. Pour cette raison, ils interpellent les rédacteurs afin que ceux-ci oublient les solutions toutes faites provenant d’une tradition certes respectable, mais qui n’est absolument plus en phase avec la réalité du transport maritime.

17. Les chargeurs demandent que les dommages pour les avaries ou pertes à la marchandise résultant du retard soient indemnisés de la même façon que les dommages et avaries de l’article 64.

18. En ce qui concerne le préjudice économique résultant du retard, les modalités de calcul de la limitation ne devraient pas être fondées sur le montant du fret mais calculées par rapport aux règles générales de la limitation de responsabilité.

La référence au fret n’a plus aujourd’hui de cohérence lorsque l’on constate la volatilité des taux de fret et leur variabilité (ainsi un fret Europe/Asie est en 2005-2006 inférieur à 200 dollars É.-U./conteneur 20’ alors que dans le sens Asie/Europe ce taux est de 1200/tc 20’).

Plutôt que [x fois] le fret, les chargeurs encouragent les rédacteurs à faire preuve d’innovation et de proposer une règle fondée sur [x %] des modalités de calcul de l’article 64 pour les avaries.

Nous proposons aux rédacteurs de se détacher des variantes A ou B, et de rédiger un article spécifique pour les dommages matériels et un pour les dommages immatériels.

Article 66

19. Les chargeurs soulignent que la livraison dans les délais fait partie des obligations du transporteur, en vertu de l’instrument. De ce fait, le paragraphe 1) suffit, le 2) devient inutile.

Chapitre 9. Documents de transport

20. Les chargeurs prennent bonne note des articles 37 à 43. Ils n’ont pas de remarque spéciale à faire sur ces articles qui reprennent la jurisprudence en cours.

21. Concernant la signature du document de transport ou du document électronique, les chargeurs souhaitent que le souci d’identification qui découle de l’article 38 permette d’éliminer la mention “as agent” au profit de la mention “as carrier”, ce qui mettra fin aux imprécisions de cette situation.

22. Concernant l’article 44, il serait souhaitable que le texte de la convention soit plus précis dans la rédaction sur la portée de la réserve émise par le transporteur.

Les chargeurs entendent souligner qu'une réserve n'exonère jamais le transporteur de ses obligations vis-à-vis de la marchandise.

Il eut été souhaitable que le texte de la convention propose une formule plus simple en définissant le caractère des réserves de façon que les réserves, pour produire leurs effets, soient "précises et motivées".

Champ d'application et liberté contractuelle

23. Les chargeurs sont favorables à un champ d'application large qui garantit une prévisibilité des solutions juridiques, condition essentielle à la stabilité des échanges commerciaux internationaux.

Ils ne peuvent consentir au champ d'application général spécifié par l'article 8 en raison du libellé de l'article 9-1 d) qui pose comme (nouveau) principe que le "contrat de tonnage" est en dehors du champ d'application de l'instrument.

Pas plus que pour l'OLSA, concept théorique qui semble avoir été abandonné, la définition nouvellement donnée du "contrat de tonnage" dans l'article premier ne justifie à elle seule une exclusion du champ d'application de l'instrument.

24. Les chargeurs considèrent que la grande majorité des opérations de transport doit être couverte par principe par la future convention.

Hormis les contrats sous charte-partie qui sont exclus, les autres contrats couvrant une pluralité d'opérations de transport, effectuées à des tarifs négociés et fixés pour une période donnée, devraient être par principe inclus dans le champ de la convention. Ces contrats n'ont rien d'exceptionnel, ils sont même d'un usage courant et banal.

25. Entrent notamment dans cette catégorie:

- Le "contrat de service" au sens du U.S Shipping Act de 1998. Ces contrats, d'une utilisation limitée dans la pratique aux seuls transports à destination ou en provenance des États-Unis, ne contiennent que des dispositions relatives aux conditions techniques d'exécution du contrat (engagement de volume, taux de fret garantis, pénalité pour non-respect de l'engagement, validité minimale de l'engagement, etc.). Dans la pratique, on signe couramment des services contrats contre un engagement de volume de 10 conteneurs par an, et même moins;
- L'"Ocean Liner Shipping Agreement" (OLSA), type de contrat encore inconnu de la pratique commerciale internationale, mais qui semble posséder les mêmes caractéristiques que le précédent;
- Tout autre contrat simplement défini par une validité pour une période donnée, des quantités à transporter (avec ou sans engagement de volume), le cas échéant des conditions opérationnelles précises et, dans tous les cas, des prix librement négociés.

26. Les chargeurs conçoivent néanmoins un cadre permettant de déroger à certaines règles de la future réglementation, mais de façon spécifiquement négociée entre les deux parties et strictement encadrée.

27. La possibilité de dérogation ne devrait pas être subordonnée à un type de contrat spécifique imaginé pour la circonstance (contrat de tonnage ou OSRA) mais

à une typologie de transports précis. En effet, la possibilité de déroger à l'instrument devrait être liée à la nécessité d'organiser une structure juridique spécifique destinée à couvrir le transport:

- De quantité de marchandises importante (exemple: quantité pouvant justifier une "part cargo";
- S'inscrivant dans le cadre de conditions opérationnelles spécifiques. (par exemple, utilisation d'un quai privé justifiant une clause FIO, délais de livraison impératifs justifiant des pénalités de retard);
- Ayant fait l'objet d'une négociation effective entre les parties.

28. Ce cas de figure se présente quasi exclusivement dans le cadre du transport mettant en jeu des navires dit "conventionnels". Dans ce cadre bien précis, il est, par exemple, souhaitable de laisser les parties déroger aux règles usuelles d'organisation de la manutention par des clauses FIO/FOIS, ce qui justifie les dispositions de l'article 14.2. Cet article ainsi que l'article 11.6 devrait être clairement limité à ce cas de figure.

29. Les chargeurs soulignent qu'en aucun cas les parties ne devraient être autorisées à déroger à des éléments substantiels du contrat de transport, notamment par des dispositions aboutissant à amoindrir, voir à abolir la responsabilité du transporteur (cf. art. 14.2 et 95). Les chargeurs réclament donc que le champ dérogatoire soit encadré et limité à des cas prévus par la Convention elle-même.

30. Le "contrat de tonnage" tel que défini au chapitre premier est loin de répondre à ces caractéristiques, pas plus que le "contrat de service" également, les critères retenus pour les définir couvrent la quasi-totalité des relations d'affaires existant entre un chargeur et un transporteur et ne présentent donc aucun caractère exceptionnel justifiant une dérogation à l'instrument. C'est bien la quantité importante, ainsi que des conditions opérationnelles spécifiques, qui justifient qu'un contrat spécialement négocié puisse déroger à la convention, que la notion de quantité spécifiée en une de pluralité d'expéditions durant une période convenue.

Liberté contractuelle

31. Les chargeurs notent que l'esprit de la nouvelle Convention donne la primauté au contrat et à la liberté contractuelle. Les chargeurs sont par principe favorables à l'approche contractuelle et à la liberté de contracter sur des bases bilatérales. Cependant, les chargeurs tempèrent cette position de principe en prenant en compte les rapports économiques existant habituellement entre les parties au contrat de transport de lignes régulières.

32. Force est de constater que dans le secteur maritime prévaut une situation de déséquilibre quasiment structurelle entre les parties, au détriment des chargeurs.

33. Nonobstant le fait que les armateurs de lignes régulières bénéficient d'un avantage exorbitant du droit commun en matière d'immunité antitrust, ces derniers ont généralement une position de négociation bien plus avantageuse que celle des chargeurs. Seule en effet une très petite minorité de très gros chargeurs peut traiter d'égal à égal avec un armateur. La grande majorité n'a, dans la pratique, aucun pouvoir réel de négociation sur les éléments substantiels du contrat de transport. Les

chargeurs considèrent donc que la protection des chargeurs résultant des Conventions antérieures n'a pas lieu d'être remise en cause.

34. Cette situation peut être illustrée par le nouvel article 14.2, qui donne la possibilité au transporteur de mettre à la charge du chargeur les opérations qui, dans le droit actuel, relèvent expressément de sa responsabilité. Cette possibilité ainsi offerte, cumulée aux dispositions de l'article 95, pourra permettre à un transporteur de se libérer de sa responsabilité lors du chargement ou du déchargement simplement parce qu'il lui aura fait signer un "contrat" justifié par l'application d'"un taux de fret bas". Nous ne doutons pas que cette possibilité se révélera une aubaine pour les NVOCCs et autres grands "forwarders" qui poussent à l'extension maximum de la liberté contractuelle.

35. Pour les chargeurs européens, le chargement et le déchargement font partie des obligations substantielles du transporteur et il ne peut y être dérogé que dans des conditions exceptionnelles telles que celles visées au point ci-dessus. De même en est-il pour les moments de la prise en charge et de la livraison qui sont des éléments trop sensibles pour être totalement abandonnés au (libre?) choix des parties.

36. En outre, la possibilité de déroger sans restriction à l'instrument conduira à une désorganisation du commerce international en raison de la situation dans laquelle risquent de se trouver les destinataires (cas des contrats CFR, CIF, CIP, etc.) qui risqueront d'"hériter" d'un contrat de transport régit par des dispositions sous-standard.

37. En effet les conditions d'adhésion du destinataire au contrat dérogatoire mentionnées au point 6) b) de l'article 95 ne garantissent absolument rien. Quelle peut être la capacité réelle d'un destinataire qui attend en urgence une marchandise (qu'il a probablement déjà payée) de refuser l'application de clauses sous-standard, si tant est qu'il soit suffisamment informé pour comprendre les dites clauses et leur importance? Contrairement à ce que peuvent penser les membres du groupe de travail, les chargeurs n'ont en général qu'une très faible connaissance du droit maritime et sont loin d'avoir les capacités d'analyse juridiques que l'on leur prête.

Remarque sur les clauses FIO-FIOS

38. Pour répondre aux craintes de certains membres du groupe de travail à propos des conséquences juridiques des clauses "Bord" ou "FIO/S" ce qui peut expliquer le maintien de l'article 14.2, les chargeurs font d'une part remarquer que la clause FIO/S n'existe pas dans le secteur du transport de conteneurs qui représente aujourd'hui plus de 90 % du transport total en lignes régulières, et que d'autre part, dans la pratique, le liner term "Bord" ne concerne que la répartition du coût de la manutention dans le taux de fret et n'a pas de conséquence sur le fait que c'est le transporteur qui organise la manutention et doit de ce fait en être responsable. (N.B. Pour le transport en conteneur, la plupart des taux de fret sont équivalents au liner term "Bord", ce qui amène le transporteur à facturer au chargeur des "Terminal Handling Charges" (THC) pour couvrir les frais de terminaux et d'embarquement. Il n'en demeure pas moins vrai que le transporteur, qui est le seul cocontractant du manutentionnaire, doit rester responsable en cas d'avaries survenant pendant la manutention des conteneurs.

39. La clause FIO/S peut effectivement exister en transport "conventionnel" pour le transport de lots de marchandises très importants et, dans ce cas, la responsabilité

des opérations de chargement ou du déchargement devrait peser sur la partie qui organise ces opérations (conclusion du contrat avec le manutentionnaire).

40. Ce cas de figure est alors réglé soit par le contrat de transport (connaissement comportant la mention FIO/S) soit par un “contrat de volume” négocié pour une série d’opérations.

Ce type d’opération est suffisamment marginal pour qu’on permette de les régler en précisant le champ d’application de l’article 14.2.

Obligations du chargeur

41. La mise en exergue, par des dispositions spécifiques, des obligations pesant sur les chargeurs s’inscrit dans la logique d’un contexte de plus en plus orienté vers la responsabilisation de tous les acteurs du transport. Les chargeurs y souscrivent totalement. Ils considèrent même que la possibilité de minimiser cette responsabilité par une convention contraire permise par la liberté contractuelle offerte par l’article 95 ne serait pas acceptable. Ils souhaitent cependant que les responsabilités de chaque partie soient limitées à leur domaine d’intervention et de compétence et que cette responsabilité, dans le cadre de l’instrument, soit strictement limitée au cadre contractuel, comme c’est le cas pour les obligations du transporteur.

42. Ainsi, selon l’article 28, le chargeur est responsable de l’emballage de ses marchandises qui doit être suffisant pour résister à un voyage considéré. De même en cas de conteneurisation, le chargeur est responsable du chargement de ses marchandises à l’intérieur du conteneur. Ces obligations sont tout à fait justifiées.

43. Ce qui inquiète les chargeurs, ce n’est pas que l’on fasse peser sur eux une responsabilité dans les domaines évoqués ci-dessus, mais c’est que cette responsabilité du chargeur apparaît être régie par le droit commun et donc soit illimitée. Il s’agit là d’une situation dont l’unilatéralisme accentue le déséquilibre d’un projet de convention déjà défavorable aux chargeurs. Il serait souhaitable pour l’équilibre du texte que les chargeurs puissent être soumis, dans le cadre de la convention, à un régime de responsabilité équivalent à celui qui est prévu pour le transporteur avec une limitation de responsabilité, puisque que les obligations du chargeur s’apprécient dans le cadre contractuel.

On peut s’interroger sur le fondement de la différence de traitement entre chargeur et transporteur qui ne s’explique que par l’existence d’une longue tradition de déséquilibre entre la position de l’armateur et celle des utilisateurs de transport maritime, tant du point de vue économique, que du point de vue juridique. Ce déséquilibre se constate par exemple en ce qui concerne la responsabilité découlant de l’article 30.

44. Si l’on se réfère à la responsabilité de l’alinéa b), il devient tout à fait réaliste d’envisager que le chargeur qui fera, de bonne foi, une déclaration erronée relative à sa marchandise ou aux données commerciales se mette en contravention avec les dispositions d’évaluation de risques dorénavant liées aux lois de sûreté antiterroriste, et se voie alors condamné à indemniser sans limite le transporteur maritime en raison, par exemple, de l’immobilisation de son navire pendant plusieurs jours sur rade par la douane du pays de destination.

45. La sanction économique risque d’être insupportable pour certaines petites ou moyennes entreprises. Dans le cadre de l’obligation découlant de l’article 30 b), le

projet devrait prévoir qu'au cas ou un préjudice est causé au transporteur en raison d'une déclaration inexacte de sa marchandise le chargeur pourra limiter sa responsabilité (à X fois le montant du fret par exemple).

46. Concernant la responsabilité du chargeur pour non-respect de ses obligations, on peut également s'interroger sur la question de savoir s'il s'agit d'une responsabilité pour faute ou d'une responsabilité de plein droit.

L'instrument est également muet sur les délais de prescription et sur la compétence des tribunaux qui seront amenés à connaître des actions à l'encontre des chargeurs.

Le principe d'équité voudrait que, sur le plan de la responsabilité, la situation du chargeur ne soit pas plus défavorable que celle du transporteur.

47. Note: l'article 33 nouveau propose une rédaction "orientée" et par là même déséquilibrée.

L'article 1) utilise des termes péjoratifs tels que "illicite" ou "inacceptable pour l'environnement" qui charge affectivement le manquement toujours possible d'un chargeur (idem article 15). À aucun moment un tel vocabulaire n'est utilisé lorsqu'il s'agit de définir les obligations du transporteur du chapitre 5.

48. D'autre part le 2), qui oblige à l'apposition d'étiquettes identifiant le type de danger, ne précise pas si cette obligation est appréciée lors de la remise des marchandises au transporteur ou si le chargeur est sensé maintenir (comment?) cet étiquetage jusqu'à la livraison, ce qui serait inacceptable comme obligation. La sanction du non-respect de cette obligation ne peut être que celle découlant de la responsabilité contractuelle du chargeur et devrait par là même être limitée.

49. La formulation actuelle, qui stipule une responsabilité illimitée à l'encontre du chargeur, montre à nouveau le déséquilibre de traitement systématiquement en défaveur des chargeurs qui est une caractéristique de l'instrument à son stade actuel.

Droit de contrôle

Article 54 et suivants

50. Les chargeurs souhaitent la reconnaissance du principe selon lequel le chargeur conserve un droit de contrôle sur la marchandise tant que celle-ci n'a pas été livrée.

Dans la pratique, l'organisation d'opérations de transport de porte à porte, longues et complexes, met de plus en plus fréquemment les chargeurs en situation de devoir modifier leurs instructions en cours de transport pour s'adapter à tout aléa, notamment commercial.

À l'heure actuelle, ces demandes de modifications dépendent uniquement de la négociation commerciale et sont, dans les faits, soumises à la seule volonté du transporteur en raison de la relation déséquilibrée existant entre le transporteur et le chargeur.

L'article 54 et suivants devraient donc permettre d'organiser et de gérer ce type de situation dans un cadre légal et affirmer que le contrat de transport ne dépossède pas le chargeur du droit de disposer de sa marchandise.

51. Pour permettre une mise en œuvre incontestable de ce principe, les chargeurs seraient favorables à ce que l'article 54 soit aménagé et que, plutôt que d'évoquer le droit de donner au transporteur des instructions concernant la marchandise, le texte devrait affirmer clairement le principe selon lequel le chargeur (ou la partie contrôlant ainsi que le porteur régulier du connaissement) conserve un droit (automatique et unilatéral) sur la marchandise aussi longtemps que la marchandise n'a pas été livrée ou le connaissement n'a pas été transmis (par opposition à la modification du contrat lui-même qui est par essence bilatéral) et qu'il peut donner des instructions relatives à l'opération de transport.

52. La rédaction de l'article 54 pourrait devenir:

> "Le droit de contrôle désigne le droit pour le chargeur de modifier le contrat de transport et le droit, en vertu de ce contrat, de donner au transporteur des instructions concernant les modalités du transport des marchandises pendant la durée de sa responsabilité (…)"

53. Concernant l'article 55 et la mise en œuvre du droit de contrôle, les chargeurs regrettent que le texte modifié limite dorénavant ce droit à la partie contrôlante et non plus au chargeur envisagé a priori comme partie contrôlante.

54. La rédaction ancienne (art. 54 du document A/CN.9/WG.III/WP.32) était sur ce point préférable, car basée sur la pratique des affaires. En outre, l'obligation de mentionner (art. 55, par. 2) toute modification au document de transport montre une méconnaissance des réalités pratiques. C'est en effet lorsque le chargeur s'est dessaisi du document de transport que le problème du contrôle de la marchandise se pose et qu'il a besoin d'un cadre juridique précis pour pouvoir donner rapidement des instructions modifiant l'opération de transport.

55. En effet dans la pratique, lorsqu'une banque est détentrice du document de transport en raison de sa fonction d'instrument de paiement, il peut être nécessaire de donner rapidement au transporteur des instructions concernant la marchandise. Dans cette hypothèse, les solutions mentionnées à l'article 55-2, basées sur le transfert du document de transport sont inappropriées dans les cas où une action rapide est nécessaire. Il faudrait dissocier le tiers porteur régulier du document de transport (exemple, la banque), qui souvent est indifférente aux modalités du transport, de la partie contrôlante, tout en préservant les droits du tiers porteur.

56. Les chargeurs suggèrent donc aux rédacteurs de prévoir des modalités rapides de mise en œuvre de ce droit de modifier les instructions au transporteur en ne le limitant pas à la seule classique transmission du document de transport.

57. Il serait également souhaitable de prévoir un paragraphe complémentaire spécifiant que le porteur du document de transport (qui n'est plus le chargeur) puisse donner au transporteur instructions, par tous moyens écrits sécurisés, d'exécuter les instructions qui lui seront données par une partie précisément désignée et que le transporteur devra exécuter lorsqu'il en aura reçu la confirmation de la part du chargeur ou de la dernière partie contrôlante dont la désignation lui aura été officiellement notifiée.

58. Les chargeurs considèrent que l'article 55 est un élément clef de ce nouveau dispositif. Pour cette raison, ils récusent la variante A qui, dans son alinéa c), rend en pratique très difficile la mise en œuvre de l'article 54 a), b), c).

Il est en effet fort possible, et cela est pris en compte dans la décision du chargeur ou partie contrôlante, qu'une modification des instructions puisse entraîner des coûts supplémentaires, mais cette situation, à condition que l'on soit dans le domaine du raisonnable, ne doit pas être bloquante.

Les chargeurs sont d'avis que la rédaction de la variante B est la plus efficace.

59. Cette rédaction pose le principe de l'obligation de faire qui pèse sur le transporteur (alinéa a)), mais elle pose également des limites au droit conféré par l'article 54.

Les chargeurs reconnaissent que la demande doit être raisonnable et compatible avec les contraintes de l'expédition maritime; dans ce souci, ils proposent que soit rajoutée la notion de (gêne) importante à l'alinéa c) de la variante B.

Les chargeurs considèrent que les dépenses additionnelles, qui seraient la conséquence d'un changement d'instruction, ne doivent pas être un motif permettant au transporteur de refuser ces nouvelles instructions. Ce point a comme corollaire l'obligation, énoncée au paragraphe 2, de rembourser les dépenses additionnelles (cf. également les paragraphes 3 a) et b) nécessaires pour permettre à un chargeur de demander à un transporteur de prendre un "risque" opérationnel et/ou économique en le garantissant contre les conséquences de cette prise de risque).

60. Dans un ordre d'idée similaire, il est logique que le transporteur soit responsable des conséquences d'un refus de respecter les instructions de l'article 54 (art. 57, variante B, par. 4). Tout comme il est logique que, respectant les nouvelles instructions, le transporteur demeure néanmoins responsable des obligations usuelles du transporteur dans le cadre d'un contrat de transport.

Ce point – en cas de changement (raisonnable) – doit être nécessairement intégré aux obligations du transporteur.

La rédaction actuelle fait penser à une sorte de clause de déroutement ("déviation clause") à l'envers. Pour articuler clairement cette double responsabilité (responsabilité des dommages causés par un refus d'acceptation de nouvelles instructions, ainsi que responsabilité ordinaire du transporteur lorsque la modification des instructions a été acceptée par lui), une rédaction plus précise de l'article 57 s'avère nécessaire.

Une fois encore, les chargeurs soulignent que cette nouvelle construction juridique, nécessaire dans la pratique des affaires, ne devrait pas être affaiblie par la possibilité immédiatement offerte d'y déroger, ce qui revient à une modification du contrat.

En cela, l'article 60 est contre-productif.

Transfert de droits

61. Les chargeurs accueillent favorablement la prise en compte des enregistrements électroniques comme mode de transfert des droits au même titre que la traditionnelle transmission du document de transport.

Cependant, l'article 62-2 nous semble particulièrement dangereux en raison de l'orientation actuelle du Groupe de travail qui tend à faire primer la liberté

contractuelle sur la fonction de protection des chargeurs qu'avaient revêtu jusqu'à présent les conventions maritimes internationales.

En effet, cet article risque d'avoir pour conséquence de faire supporter au destinataire les engagements contractuels dérogatoires pris par l'expéditeur.

Ainsi le chargeur qui aura négocié un fret très économique en prenant à sa charge les obligations de l'article 14, qui sont d'ordinaire de la responsabilité du transporteur, transmettra cette obligation au destinataire (porteur du document de transport) pour peu qu'une clause ad hoc figure dans le document de transport, ne serait-ce que par le fait d'une mention (par exemple, clause "Free in & Out") rajoutée par un simple timbre humide.

62. Cet article est une parfaite illustration des raisons pour lesquels les chargeurs contestent l'orientation prise par certaines composantes du groupe de travail pour permettre de déroger à toutes les règles de base du droit maritime international dès lors qu'il existe un "contrat" entre le chargeur et le transporteur.

63. L'article 62-2, s'il était conservé en l'état, mériterait d'être clarifié, voire même reconsidéré, car il semble imposer au porteur qui n'est pas le chargeur, plus de devoir que celui-ci n'a de droit, alors même qu'il n'a pas participé à la négociation du contrat. La partie contrôlante risque ainsi de devoir supporter les obligations qui incombent au chargeur (paiement du faux fret, surestaries, etc.), mais également celles qui d'ordinaire incombent au transporteur, mais que le chargeur aura pris à sa charge (art. 14).

Durée de la responsabilité

64. Les chargeurs considèrent que la rédaction de l'article 11 constitue un net recul par rapport aux progrès que constituaient les Règles de Hambourg (article 4) ainsi que par rapport aux solutions retenues dans les conventions les plus modernes en matière de transport international.

D'une part, les chargeurs constatent l'affaiblissement du fondement du principe gouvernant la responsabilité du transporteur, à savoir la garde de la marchandise, concept qui permettait de cerner avec précision la période entre le commencement et la fin de la garde de la marchandise.

Ils constatent que l'affaiblissement de cette règle, qui impacte directement la responsabilité du transporteur, découle une fois encore de la volonté de ménager systématiquement une possibilité de dérogation à tous les éléments substantiels du droit maritime international.

Les chargeurs contestent d'autant plus énergiquement cette orientation que les articles 11-2 et 11-3 permettent de définir le moment et le lieu non seulement par le contrat de transport, qui dans la pratique n'est jamais discutable, mais également par les coutumes ou usages du commerce. La notion de garde deviendrait dorénavant résiduelle.

65. L'alinéa 6 de l'article 11 introduit à nouveau la question du bien-fondé de la liberté contractuelle. S'il s'agit de mettre en adéquation la pratique, rare en pourcentage mais cependant bien réelle, de la conclusion de contrats de transports (pas spécialement répétitifs) couvrant une opération sortant de l'ordinaire en raison de la quantité de marchandises importante à transporter en une fois (transport

quasiment exclusivement réalisé sur des navires conventionnels), justifiant ainsi la négociation d'une clause FIO(S), le texte de l'article 11-6 se comprend. Nous sommes dans un contexte proche du tramping, où le chargement est souvent réalisé par le chargeur, et il est donc logique d'en tenir compte pour apprécier le moment du début de la responsabilité du transporteur (idem à l'arrivée).

Mais s'il s'agit de permettre au transporteur, dans le cadre d'un transport de ligne régulière (effectué 99 fois sur 100 par un porte-conteneurs), de retarder la prise en charge des marchandises en cumulant les effets de l'article 14-2 et de l'article 11-6, alors les chargeurs sont totalement opposés à cette manœuvre et réitèrent leur refus d'une liberté contractuelle spécifiquement imaginée pour avantager le transporteur maritime.

66. Enfin, et cette disposition n'est pas la moindre, pour permettre au transporteur d'échapper à sa responsabilité de transporteur intermodal, la possibilité offerte à ce dernier, par le biais de l'article 12 de se dissimuler derrière le statut juridique du "transitaire – intermédiaire de transport" (forwarder), ruine de facto toute possibilité de faire supporter au transporteur, qui effectuera un transport de porte à porte, une responsabilité globale de bout en bout. Les chargeurs connaissent par expérience les clauses préimprimées des connaissements (contrat d'adhésion) par lesquels les transporteurs essaient de limiter la durée de leur responsabilité.

Demain, si on l'accepte, la "liberté contractuelle" permettra même au transporteur réalisant un transport de porte à porte de n'en être aucunement responsable! Ce retour aux pratiques antérieures à la convention de Bruxelles et l'insécurité qui en découle ne peut être accepté par les chargeurs, qui demandent que la rédaction de l'article 12 soit calquée sur l'article 4 de la Convention de Hambourg.

Livraison au destinataire, articles 46 à 52

67. Les chargeurs se félicitent que le Groupe de travail ait entrepris de trouver des solutions de droit à des situations concrètes auparavant peu ou non réglementées. L'affirmation d'une obligation de prendre livraison qui pèserait sur le destinataire est logique et non contestable, et les dispositions de l'article 46 et suivants qui organisent cette situation sont les bienvenues, sous certaines importantes réserves des points soulevés ci-dessous:

Il faut noter que le destinataire peut, dans certains cas, être dans l'impossibilité de prendre effectivement livraison de la marchandise au moment convenu pour des raisons liées à la législation du pays de destination, exemple: législation douanière.

Pour cette raison il apparaît souhaitable que, dans la mesure où le destinataire, ou la partie contrôlante, est identifié et que l'impossibilité de prendre livraison s'impose à lui, la responsabilité du transporteur OU de la partie exécutante (les crochets doivent être supprimés) continue de courir jusqu'à ce que la livraison puisse être possible.

68. En ce qui concerne l'article 48, dont l'utilisation devrait être marginale, la variante A de l'alinéa b) a notre préférence.

69. L'article 49 est lui d'une portée plus grande et a retenu toute l'attention des chargeurs.

Ces derniers adhèrent à des dispositions qui tendent à résoudre des questions pratiques relatives à la livraison des marchandises. En cela ils appuient la rédaction de cet article, notamment celle des alinéas a) i) et ii) et b).

70. Dans l'optique de résoudre deux problèmes opérationnels récurrents, les chargeurs demandent au groupe de travail d'une part de prendre en compte le cas où le destinataire réel n'a pas en main le document de transport (par exemple, B/L à ordre, en blanc) dont la transmission est retardée soit par les modalités de paiement de la marchandise (accréditifs, paiement contre document) ou par une transmission tardive.

71. Ce destinataire peut avoir intérêt à prendre livraison pour éviter des frais de stationnement ou simplement en raison d'un besoin urgent de la marchandise.

Il s'agit ici de permettre au transporteur de livrer la marchandise au destinataire susceptible de figurer en "notify", sans production du document de transport après accord du porteur (par exemple la banque) ET du chargeur (ou de la partie contrôlante quand celle-ci est différente du chargeur). Une modification de l'article 49 a) i) dans ce sens serait souhaitable.

D'autre part, il serait également souhaitable d'ajouter une clause destinée à empêcher que le transporteur puisse insérer dans ses documents de transport une disposition l'autorisant à livrer une marchandise contre la remise de ce qu'il pense raisonnablement être un connaissement authentique. Dans ce cas, il serait alors logique de rendre le transporteur responsable de cette livraison fautive en faisant peser sur lui l'obligation d'exercer, vis-à-vis de ses propres documents de transport possiblement contrefaits, un contrôle plus que simplement "raisonnable".

R. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition du Japon, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.65) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Le Gouvernement japonais a présenté le texte d'une proposition concernant les dispositions sur le champ d'application dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] afin que le Groupe de travail III (Droit des transports) l'examine à sa dix-septième session. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Introduction

1. Le projet d'article 8-1 c) dispose que le présent projet de convention s'applique aux contrats de transport internationaux si "*le contrat de transport prévoit que la présente Convention, ou la loi de tout État lui donnant effet, doit régir le contrat*".

2. Cet article a été examiné à la quinzième session du Groupe de travail et les avis étaient partagés sur la question de savoir s'il fallait le conserver ou le supprimer. Les arguments avancés pour garder cette disposition sont fondés sur les raisons suivantes: on trouve la même règle dans l'article 10 c) des Règles de La Haye-Visby, qui élargit l'application de la règle uniforme, en particulier pour les compagnies maritimes tierces transportant des marchandises via des États qui ne sont pas parties à la Convention (voir A/CN.9/576, par. 61). La délégation japonaise estime que l'argument invoqué ci-dessus pour garder la disposition n'est pas convaincant eu égard à la différence qui existe entre le projet de convention et les Règles de La Haye-Visby, et que l'adoption de cette disposition pourrait susciter plusieurs problèmes juridiques.

Contexte historique

3. Le projet d'article 8-1 c) s'inspire de l'article 10 c) des Règles de La Haye-Visby, lui-même repris des Règles de Hambourg. Il est intéressant de noter qu'aucune autre convention sur les transports existante ne contient une règle similaire. En raison du caractère exceptionnel et unique de cette disposition, il serait utile de connaître le contexte historique de l'amendement de Visby, qui a été le premier à introduire une telle règle, afin d'apprécier la nécessité du projet d'article 8-1 c). Cet examen montrera que le projet d'article 8-1 c) étendrait le champ d'application du projet de convention bien au-delà de ce qui était prévu dans les Règles de Visby.

4. Les Règles de La Haye originales avaient un champ d'application très limité: elles étaient uniquement applicables aux connaissements émis dans un des États contractants. En conséquence, elles ne s'appliquent pas nécessairement, par exemple, même dans une situation où le transport est à destination d'un État contractant (les connaissements sont émis dans un État non contractant) et la loi choisie par les parties est celle des États contractants. Il a été admis au cours du processus de rédaction de l'amendement de Visby que le champ d'application devrait être étendu afin de remédier à de telles lacunes en matière d'application.

5. Lors de la phase finale de la conférence diplomatique sur l'amendement de Visby, les deux propositions concurrentes suivantes ont été présentées:

1) Les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissement relatif à un transport de marchandises entre ports relevant de deux États différents, quand: a) le connaissement est émis dans un État contractant, b) le transport a lieu au départ d'un port d'un État contractant, ou c) le connaissement prévoit que les dispositions de la présente Convention ou de toute autre législation les appliquant ou leur

donnant effet régiront le contrat, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée.

2) Les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissement relatif à un transport de marchandises d'un État vers un autre, en vertu duquel le port de chargement, le port de déchargement ou l'un des ports à option de déchargement sont situés dans un État partie à la Convention, quelles que soient la loi régissant ce connaissement et la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée.

6. Le vote de la 6e séance plénière du 21 février 1968 a été en faveur de la première proposition (voir the *Travaux préparatoires* of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading of August 25, 1924, the Hague Rules and of the Protocols of 23 February 1968 and 21 December 1979, the Hague-Visby Rules, Comité maritime international, 1997, p. 714 à 741).

7. Il n'est pas sans intérêt de constater que le choix à la Conférence de Visby était de savoir s'il fallait étendre le champ d'application 1) aux transports et contrats concernant la sortie de marchandises régis par la loi de l'État contractant (en plus du connaissement émis dans un État contractant déjà couvert par les Règles de La Haye) ou 2) à l'entrée et à la sortie de marchandises. Personne n'avait l'intention d'appliquer la Convention à un transport entre deux États non contractants, comme le proposent les représentants qui appuient l'article 8-1 c) du projet actuel.

8. On pourrait soutenir qu'il est toujours bon d'élargir le champ d'application du projet de convention et que rien ne justifie l'opposition à cette extension, quelle qu'ait été l'intention de l'amendement de Visby. Ceci n'est vrai que si cet élargissement ne produisait pas d'effets contraires. Malheureusement, il créerait des problèmes superflus.

Différents problèmes découlant de l'article 8-1 c)

9. Un certain nombre de représentants ont exprimé des préoccupations au sujet du projet d'article 8-1 c), et notamment les suivantes:

1) Premièrement, il devrait être noté qu'il n'existe pas de communauté de vues sur la nature de l'article 10 c) des Règles de La Haye-Visby. Dans certains pays, la disposition est vue comme une règle de rattachement qui permet l'application obligatoire de la Convention. Dans d'autres pays, elle est considérée comme une simple confirmation de la pratique de l'"incorporation matérielle", qui fait référence à l'incorporation volontaire par les parties contractantes des dispositions de la Convention dans le contrat (dite "clause paramount"). La nature de la disposition est souvent débattue en relation avec des questions comme celle de savoir si la Convention s'applique directement sans tenir compte des règles de rattachement de l'État du for. Le même débat se poursuivra si le projet d'article 8-1 c) est retenu.

2) De plus, à la différence des Règles de La Haye-Visby, le projet de convention comprend dans les chapitres sur la compétence et l'arbitrage de nombreuses dispositions de nature procédurale. Ces dispositions sont également applicables lorsque les parties conviennent que le projet de convention régit le contrat si le projet d'article 8-1 c) est conservé. C'est une dérogation assez étrange à la règle universellement acceptée selon laquelle les questions de procédure sont régies par la loi du for.

3) L'application du projet de convention à la partie exécutante maritime ajouterait des complications supplémentaires. Supposons qu'un transporteur (transporteur non exploitant de navires) se charge d'un transport d'un État non contractant vers un autre État non contractant et que la partie exécutante maritime (un transporteur maritime) transporte réellement les marchandises par mer. Supposons également que le transporteur et le chargeur conviennent que le présent projet de convention, ou la loi de tout État lui donnant effet, régit le contrat. Si le projet d'article 8-1 c) est retenu, alors le projet de convention s'appliquera dans l'hypothèse précédente et la partie exécutante maritime sera soumise au projet de convention. Le fait que cette partie, qui a exécuté son obligation durant un voyage entre des États non contractants, soit soumise aux règles du projet de convention, y compris à une action directe du titulaire d'un droit sur les marchandises, simplement parce que le transporteur a accepté d'appliquer le projet de convention, est un résultat discutable.

4) Finalement, il a également été observé que le projet d'article 8-1 c) donnerait aux parties la possibilité de se soustraire aux règles impératives, voire même à l'ordre public, de l'État contractant si elles choisissent d'appliquer le projet de convention à ces contrats, qui, normalement, sont soumis à la loi des États contractants. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une préoccupation particulière de la délégation japonaise, il a été signalé que l'article 10 c) des Règles de La Haye-Visby avait créé, dans certains pays, des difficultés au niveau constitutionnel (voir A/CN.9/576, par. 61).

10. Vu les difficultés décrites ci-dessus, on ne peut aisément affirmer que le projet d'article 8-1 c) est utile pour la simple raison qu'il élargit le champ d'application du projet de convention. Les alinéas a) et b) du projet d'article 8-1 actuel prévoient déjà un champ d'application géographique suffisamment vaste comparé aux Règles de La Haye-Visby, et il n'est pas nécessaire de l'étendre davantage.

Conclusion

11. Pour les raisons exposées ci-dessus, la délégation japonaise propose la suppression du projet d'article 8-1 c).

S. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: contrats de tonnage: document présenté par le Comité maritime international, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.66) [Original: anglais]

Note du secrétariat

À sa seizième session, le Groupe de travail est convenu, en vue d'accélérer encore l'élaboration du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], de préparer un document explicatif sur le traitement des contrats de tonnage dans le projet de convention pour illustrer plus en détail les implications juridiques et pratiques. Comme suite à la proposition d'inviter le Comité maritime international (CMI) à contribuer à l'élaboration de ce document, le CMI s'est déclaré prêt à fournir son aide en la matière au Groupe de travail (voir A/CN.9/591, par. 244).

Annexe

Contrats de tonnage

I. Introduction

1. À la seizième session du Groupe de travail, de nombreuses délégations ont soutenu l'idée de préparer un document explicatif sur le traitement des contrats de tonnage dans le projet de convention pour illustrer plus en détail leurs implications juridiques et pratiques. On a aussi proposé d'inviter le Comité maritime international (CMI) à contribuer à l'élaboration de ce document (voir A/CN.9/591, par. 244). Le présent document a été établi conformément à cette demande.

2. Nous nous fondons sur le projet de convention publié sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.56, mais nous avons également examiné et pris en compte un projet de texte final présenté par la Finlande, qui doit être publié dans un document de travail destiné à la dix-septième session (A/CN.9/WG.III/WP.61) et qui propose des variantes des projets d'articles 1 b) et c), 8, 9, 10, 20, 94, 95 et 96.

Définition du "contrat de tonnage"

3. Conformément à l'article 1 b) du projet de convention publié sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.56, le terme "contrat de tonnage" désigne:

> *"un contrat qui prévoit le transport d'une quantité spécifiée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue. La quantité peut être spécifiée sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette."*

Il est proposé, dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, de modifier le début de cette définition comme suit:

> *"un contrat de transport qui prévoit le transport d'une quantité spécifiée de marchandises..."*.

Généralités et règlements internationaux existants

4. Le terme "contrats de tonnage", qui prévoient le transport d'une quantité spécifiée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue, est une notion bien établie en transport de vrac sec et de produits pétroliers, où ces contrats sont souvent appelés contrats d'affrètement. Ces contrats sont couramment utilisés par exemple par les acheteurs franco bord (FOB) qui, en vertu d'un contrat de vente à long terme, souhaitent garantir la satisfaction de leurs besoins de tonnage et gérer les risques liés au fret. En 1982, le Conseil maritime baltique et international (BIMCO) a publié un contrat d'affrètement type pour le transport de vrac sec, sous le nom de code VOLCOA[1], qui tient compte des clauses généralement utilisées dans ce domaine. Ce formulaire contient les éléments suivants: période de temps convenue, quantité totale à transporter et quantité par

[1] Révisé et publié à nouveau en novembre 2004 comme contrat d'affrètement type pour le transport de vrac sec, sous le nom de code GENCOA.

expédition. Il prévoit, en outre, que chaque voyage effectué dans le cadre de ce contrat est régi par les clauses et conditions d'une charte-partie au voyage conforme au modèle joint. En 1980, INTERTANKO a publié un formulaire type de contrat d'affrètement de navire-citerne, INTERCOA 80 (adopté par le Conseil maritime baltique et international). Ce formulaire contient les éléments suivants: période de temps convenue, quantité à transporter par année et quantité par expédition. Chaque voyage doit être effectué conformément aux clauses d'une charte-partie indiquées sur le formulaire INTERTANKVOY 76. Les contrats de tonnage qui contiennent des dispositions similaires à celles des formulaires VOLCOA et INTERCOA n'entrent pas dans le champ d'application des Règles de La Haye, des Règles de La Haye-Visby et des Règles de Hambourg. Ils ne sont donc pas actuellement soumis à un régime international impératif. Sous réserve des dispositions du projet d'article 9-3, qui est examiné au paragraphe 8 ci-dessous, le projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ne modifie pas la position actuelle (voir A/CN.9/572, par. 89).

5. Toutefois, les différentes expéditions effectuées dans le cadre d'un contrat de tonnage peuvent être actuellement soumises à un régime impératif. L'article V des Règles de La Haye et de La Haye-Visby stipule ce qui suit: *"si des connaissements sont émis dans le cas d'un navire sous l'empire d'une charte-partie, ils sont soumis aux termes des présentes règles". De même, l'article 2-3 des Règles de Hambourg dispose que "lorsqu'un connaissement est émis en vertu d'un contrat d'affrètement, il est soumis aux dispositions de la présente Convention pour autant qu'il régit les relations entre le transporteur et le porteur du connaissement, si ce dernier n'est pas l'affréteur"*. L'article 2-4 desdites Règles dispose en outre que *"lorsqu'un contrat prévoit le transport de marchandises par expéditions successives pendant un temps convenu, les dispositions de la présente Convention régissent chacune de ces expéditions"*. Les Règles de La Haye, de La Haye-Visby ou de Hambourg, selon les cas, pourraient donc s'appliquer aux connaissements émis dans le cadre de la charte-partie régissant chaque voyage effectué en vertu d'un contrat de tonnage ou directement en vertu du contrat de tonnage même.

II. A/CN.9/WG.III/WP.56 et A/CN.9/WG.III/WP.61

Exclusions

6. Aux termes du projet d'article 9-1 d) qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, le projet de convention ne s'applique pas aux contrats de tonnage, sous réserve des dispositions du paragraphe 9-3. Le document A/CN.9/WG.III/WP.61 établit une distinction entre transport régulier et transport non régulier. Le projet d'article 9-2 a) qui y figure stipule que, sous réserve de l'alinéa 9-2 b), le projet de convention ne s'applique pas aux contrats de transport dans le transport non régulier. Un contrat de tonnage dans le transport non régulier reste donc exclu du champ d'application du projet de convention, sauf dans les situations visées par le projet d'article 9-2 b). S'agissant du transport régulier, le projet d'article 9-1 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 exclut uniquement:

> *"a) les chartes-parties; et b) les contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire, qu'il s'agisse ou non de chartes-parties."*

Les contrats de tonnage conclus dans le transport régulier sont considérés comme des contrats de transport qui ne seraient pas visés par cette exclusion et resteraient donc dans le champ d'application du projet de convention (voir A/CN.9/WG.III/WP.61, par. 31).

7. L'intention du projet d'article 10 du projet de convention tel qu'il figure dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.56 et A/CN.9/WG.III/WP.61 est de maintenir la position actuelle, du moins conformément aux Règles de La Haye et de La Haye-Visby, en ce qui concerne ce que l'on désigne vaguement par le terme "tiers" (voir A/CN.9/572, par. 96, et A/CN.9/WG.III/WP.61, par. 37). Il convient toutefois de noter que le projet d'article 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 est une disposition semblable à l'article 2-3 des Règles de Hambourg. Le projet d'article 10 maintient la position décrite au paragraphe 5 ci-dessus en ce qui concerne les connaissements, mais étend le régime impératif aux documents de transport non négociables et aux enregistrements électroniques non négociables concernant le transport.

8. En vertu du projet d'article 9-3 a) du document A/CN.9/WG.III/WP.56, qui est semblable à l'article 2-4 des Règles de Hambourg, le projet de convention s'applique aux clauses qui régissent chaque expédition effectuée en vertu d'un contrat de tonnage (dans la mesure où les projets d'articles 8, 9 et 10 le spécifient). Le projet d'article 9-3 b), par contre, prévoit que le projet d'instrument s'applique aux clauses d'un contrat de tonnage, mais uniquement dans la mesure où elles régissent une expédition effectuée dans le cadre d'un contrat de tonnage. L'intention de cette disposition est précisée au paragraphe 65 du document A/CN.9/576. Le paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 indique que le texte du projet d'article 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 pose problème et que le texte proposé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 vise à donner une idée plus claire qu'avant de ce qui est exclu du champ d'application du projet de convention. L'intention sous-tendant l'exception de l'exclusion prévue dans le projet d'article 9-2 b) est précisée au paragraphe 29 du même document.

9. L'exclusion du champ d'application du projet de convention des contrats de tonnage conclus dans les transports non réguliers, définie plus haut, s'applique également aux contrats de tonnage autres que le transport de vrac sec et de produits pétroliers. Il est néanmoins possible que des lettres de transport maritime et autres documents de transport non négociables soient utilisés dans certains types de transport, auxquels les Règles de La Haye et de La Haye-Visby ne s'appliquent pas. En l'état actuel des choses, sous réserve des dispositions de l'article 2-3 et 4 des Règles de Hambourg, le contrat de tonnage même et les expéditions effectuées en vertu d'un tel contrat peuvent, dans certains types de transport, sortir du champ d'application des régimes impératifs. En revanche, comme indiqué au paragraphe 7 ci-dessus, le projet de convention s'applique aux documents de transports non négociables et aux enregistrements électroniques non négociables concernant le transport.

Contrats de services

10. Concernant les transports réguliers, les débats du Groupe de travail ont essentiellement porté sur le traitement des contrats de services et des arrangements similaires. L'expression "contrat de services" n'est ni utilisée ni définie dans le projet de convention contenu dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.56 et

A/CN.9/WG.III/WP.61. Ce terme est toutefois défini à la section 3(19) du Shipping Act de 1984 des États-Unis, tel que modifié par le Ocean Shipping Reform Act de 1998 (ensemble, les Shipping Acts des États-Unis) comme suit:

> *"Un contrat écrit autre qu'un connaissement ou un récépissé, conclu entre un ou plusieurs chargeurs et un transporteur maritime public (ocean common carrier) ou une conférence de transporteurs maritimes publics par lequel, d'une part, le chargeur s'engage à faire transporter une quantité minimale de fret sur une période donnée et, d'autre part, le transporteur maritime ou la conférence s'engage à appliquer un certain taux ou une certaine grille de taux ainsi qu'à fournir un certain niveau de service (espace réservé, délai de transit, rotation portuaire ou autres prestations similaires. Le contrat peut aussi spécifier des dispositions pour le cas de non-exécution de la part d'une des parties."*

Les termes "transporteur public" (common carrier) et "transporteur maritime public" (ocean common carrier) sont également définis dans les Shipping Acts des États-Unis[2]. Un contrat de services ainsi défini est considéré comme correspondant à la définition du terme contrat de tonnage qui figure dans le projet d'article 1 b) du projet de convention, étant entendu que l'expression "sur une période donnée" implique plusieurs expéditions.

11. Le présent document n'a pas pour objet d'expliquer le régime régissant les transports à destination et en provenance des États-Unis établi par les Shipping Acts des États-Unis. Il y est fait brièvement référence aux paragraphes 19 et 20 de la proposition des États-Unis d'Amérique figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.34. Concrètement, s'agissant des transports réguliers à destination et en provenance des États-Unis, les contrats de tonnage correspondent presque toujours à la définition des contrats de services. À l'extérieur des États-Unis, des contrats de tonnage ne sont conclus dans le cadre de transports réguliers que si un chargeur souhaite garantir la disponibilité de l'espace ou la régularité d'un service. En ce qui concerne les transports réguliers à destination et en provenance des États-Unis, il est possible, dans les contrats de services qui correspondent à la définition énoncée dans les Shipping Acts des États-Unis, de stipuler des taux de fret qui ne correspondent pas aux tarifs affichés du transporteur. Il est donc nécessaire de conclure un contrat de services si l'on veut obtenir cet avantage commercial. À l'extérieur des États-Unis, cet avantage peut être obtenu en concluant un accord direct sur les taux.

Dérogation

12. Le projet d'article 95 du projet de convention énonce des règles spéciales pour les contrats de tonnage soumis au projet de convention en vertu de l'article 9-3 b) du document A/CN.9/WG.III/WP.56 ou, comme indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, pour les contrats de tonnage auxquels le projet de

---

[2] En "*common law*", un transporteur maritime commun ou public est un transporteur qui s'engage à transporter, à titre onéreux, les marchandises de toute personne qui souhaite recourir à ses services. Un transporteur public est soumis à un régime juridique strict, qui est normalement atténué par le transporteur public, qui est libre de limiter ses responsabilités par contrat, sous réserve des contraintes imposées par les régimes impératifs existants.

convention s'applique parce que les contrats de tonnage conclus dans les transports réguliers ne sont pas exclus en vertu de l'article 9-1. S'agissant du projet d'article 95, les dispositions obligatoires du projet de convention s'appliqueraient aux expéditions effectuées en vertu du contrat de tonnage, ou comme indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61 au contrat de tonnage lui-même, auquel, conformément à l'article 94, ni le transporteur ni la partie exécutante maritime ne peut déroger. La liberté du chargeur prévue dans le projet d'article 94-2 doit être examinée plus avant.

13. Le projet d'article 95 énonce les conditions, et la mesure, dans lesquelles un contrat de tonnage soumis au projet de convention peut déroger aux dispositions obligatoires de ce projet de convention. Le Groupe de travail a appuyé ce principe et la structure générale du projet d'article 95 (voir A/CN.9/576, par. 82). Toutefois, ni la définition du contrat de tonnage dans le projet d'article 1 b) ni un contrat de services au sens des Shipping Acts des États-Unis ne font référence à une quantité minimum de marchandises ou de conteneurs à expédier en vertu du contrat. On s'est par conséquent inquiété de ce que les contrats de services portant sur un nombre peu élevé d'expéditions de quantités relativement faibles de marchandises, qui dérogent aux dispositions obligatoires, pourraient désavantager les chargeurs peu importants ou inexpérimentés ayant un pouvoir de négociation inférieur à celui du transporteur, éventuellement par des sous-contrats de services conclus dans le cadre d'un accord-cadre général[3]. Il convient toutefois de noter qu'aucun chargeur ne peut être forcé d'accepter un contrat de tonnage. Un chargeur est toujours en droit, en vertu du projet d'article 37, d'obtenir du transporteur un document de transport négociable ou enregistrement électronique négociable concernant le transport approprié (sous réserve des dispositions du projet d'article 37 b))[4]. En outre, la liberté de déroger, conformément au projet d'article 95, s'applique aux contrats de tonnage auxquels le projet de convention s'applique et qui correspondent à la définition indiquée au projet d'article 1 b) et non uniquement aux contrats de tonnage qui sont des contrats de services conformément à la définition donnée dans les Shipping Acts des États-Unis. Le projet d'article 95 pourrait s'appliquer aux contrats de tonnage utilisés, ou qui pourraient être utilisés, pour les transports autres qu'à destination ou en provenance des États-Unis. Il a été fait référence à la pratique actuellement en vigueur à l'extérieur des États-Unis au paragraphe 11 ci-dessus. Les conditions dans lesquelles un contrat de tonnage peut déroger aux clauses obligatoires du projet de conventions doivent être examinées plus avant par le Groupe de travail (voir A/CN.9/576, par. 85, 89 et 99).

14. Le projet d'article 95-6 b) du document A/CN.9/WG.III.WP.56 (projet d'article 95-5 b) dans le document A/CN.9/WG.III.WP.61) prévoit qu'une dérogation conforme aux conditions énoncées au projet d'articles 95-2 et 5 (projets d'articles 5-1, 2 et 4 dans le document A/CN.9/WG.III.WP.61), lie un tiers qui a expressément consenti à être lié par les clauses du contrat de tonnage. La protection

---

[3] Voir d'une manière générale les commentaires de la CNUCED dans le document A/CN.9/WG.III/WP.46 et les préoccupations mentionnées au paragraphe 100 du document A/CN.9/572, et les commentaires formulés à ce sujet au paragraphe 244 du document A/CN.9/591.

[4] Cet article sera examiné plus avant par le Groupe de travail à sa dix-septième session.

du tiers en question est donc fonction de la façon dont ce consentement doit être démontré (voir A/CN.9/576, par. 104).

Accords exclusifs d'élection de for

15. Des dispositions spécifiques relatives aux accords exclusifs d'élection de for contenus dans un contrat de tonnage soumis au projet de convention et à la question de savoir si un tel accord s'impose à un tiers figurent dans le projet d'article 76-2 et 3 au paragraphe 73 du document A/CN.9/591 et ont été acceptées par le Groupe de travail à sa seizième session, hormis quelques réserves concernant la notification donnée aux tiers en vertu du paragraphe 3 du projet d'article 76 (voir A/CN.9/591, par. 84).

Résumé

16. Il semblerait que le projet de convention tente d'établir l'équilibre en ce qui concerne les contrats de tonnage. D'une part, il élargit le champ d'application du régime obligatoire aux contrats de tonnage conclus dans les transports réguliers tout en maintenant sa position actuelle en ce qui concerne les transports non réguliers. D'autre part, il donne aux parties à un contrat de tonnage dans les transports réguliers, sous réserve de certaines garanties, la liberté de déroger, dans une mesure déterminée, aux dispositions obligatoires pour tenir compte des pratiques commerciales actuelles dans certaines branches et de leur future évolution éventuelle, et, sous réserve d'autres garanties, de lier les tiers par ces dérogations. Le Groupe de travail doit examiner ces garanties plus avant.

T. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: proposition de texte de la délégation suédoise, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.67) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la dix-septième session du Groupe de travail III (Droits des transports), le Gouvernement suédois a soumis au secrétariat le document ci-joint en annexe concernant les obligations du chargeur dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. La délégation suédoise a indiqué que le document avait pour but de faciliter l'examen de la question au sein du Groupe de travail en proposant un texte révisé pour le chapitre 8 du projet de convention relatif aux obligations du chargeur. Elle a également indiqué que le texte révisé et le commentaire en annexe avaient été préparés à la lumière de l'examen de la question des obligations du chargeur par le Groupe de travail à sa seizième session, et sur la base de consultations informelles additionnelles avec d'autres délégations. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte en annexe lorsqu'il poursuivra l'examen du chapitre 8 du projet de convention sur les obligations du chargeur.

Annexe

Obligations du chargeur: chapitre 8 du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

I. Introduction

1. Pendant l'été 2005, la délégation suédoise a distribué aux délégations intéressées un questionnaire informel sur les obligations du chargeur. L'objet de ce questionnaire était de faciliter le débat sur le sujet au sein du Groupe de travail et de voir s'il y avait une possibilité de compromis pour certaines des questions que posait le texte du projet de convention de la CNUDCI sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (le projet de convention). Des réponses au questionnaire ont été fournies par 19 délégations au total. Une réponse a été soumise sous forme de document commun à trois délégations différentes. Sur la base de ces réponses, la délégation suédoise a élaboré une proposition de compromis, reproduite dans le document A/CN.9/WG.III/WP.55. Les obligations du chargeur ont ensuite été examinées lors de la seizième session du Groupe de travail III (Droit des transports) tenue à Vienne, du 28 novembre au 9 décembre 2005. Les discussions étaient fondées sur le projet de texte qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et sur le texte proposé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.55. Les délibérations et les décisions sont reproduites dans le rapport de la seizième session (document A/CN.9/591, par. 104 à 187). Suite à cet examen au sein du Groupe de travail et à des consultations informelles additionnelles, la délégation suédoise a estimé qu'il convenait maintenant de présenter un nouveau document avec une proposition améliorée relative aux obligations du chargeur.

II. Titre du chapitre

2. Il a été convenu à la seizième session du Groupe de travail que le titre du chapitre devrait mentionner les obligations du chargeur "envers le transporteur" (voir par. 108 et 120 du document A/CN.9/591). Il s'agit en effet de clarifier le fait que le chapitre 8 du projet de convention ne traite pas de la responsabilité du chargeur envers des tiers, tels que des gens de mer blessés par des marchandises. Dans ce cas, c'est plutôt le droit général de la responsabilité délictuelle qui s'appliquera. Par ailleurs, le transporteur pourrait, dans une action intentée contre le chargeur, demander réparation à ce dernier pour la somme qu'il a dû, en tant qu'employeur, verser aux gens de mer blessés (voir ci-dessous les commentaires concernant le projet d'article 28).

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager le titre suivant:

Obligations du chargeur envers le transporteur

III. Projet d'article 28. Remise des marchandises pour le transport

4. Le projet d'article 28 contient une obligation générale de remettre les marchandises prêtes pour le transport. Lors de la seizième session, il a été convenu que l'expression "à moins qu'il n'en soit convenu autrement" devait être déplacée au début de la première phrase (voir par. 110 et 120 du document A/CN.9/591). Il ne ressort pas clairement du rapport si cela signifie également que les mots "dans le contrat de transport" doivent être supprimés. On pourrait faire valoir que ces mots sont superflus puisque le texte actuel n'exige pas des parties un accord écrit pour déroger à l'obligation contenue dans la disposition.

5. Lors de la session, on a aussi exprimé la crainte que le mot "injury" dans la version anglaise ne laisse entendre que le projet d'article régit également la relation entre le chargeur et des tiers, tels que les gens de mer à bord du navire (voir par. 119 du document A/CN.9/591). Le projet d'article 28 n'a pas pour objectif de donner à des tiers le droit d'intenter une action directe contre le chargeur. Le mot "injury" devrait donc être supprimé. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, le projet d'article 28 ne devrait pas uniquement couvrir les situations dans lesquelles le navire ou un autre équipement appartenant au transporteur est physiquement endommagé. Il devrait par exemple aussi couvrir les situations dans lesquelles le transporteur, dans une action récursoire, demande réparation pour la somme qu'il a dû verser à ses employés ou d'autres personnes qui ont été blessés en raison d'un mauvais arrimage des marchandises par le chargeur. Il convient donc – semble-t-il – d'ajouter le mot "loss" (perte) dans la première phrase. Il faut également noter que le mot "perte" figure déjà dans le projet d'article 31 sur la responsabilité du chargeur.

6. Pour ce qui est de la deuxième phrase du projet d'article 28, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, le Groupe de travail a décidé de conserver la phrase mais d'en simplifier le texte, éventuellement en s'inspirant des notes 116 et 435 du document A/CN.9/WG.III/WP.56. Toutefois, l'usage des mots "marchandises ... remises dans ... un conteneur" est problématique car, selon la définition du projet d'article 1 w), le terme "marchandises" désigne à la fois les marchandises et le conteneur s'il est fourni par le chargeur. Pour ne pas créer de contradiction dans le texte, on propose que la deuxième phrase ne couvre que la situation dans laquelle le conteneur ou la remorque sont fournis par le transporteur et ne font donc pas partie des marchandises. Une solution à ce problème pourrait être de remplacer l'expression "empotés par le chargeur", dans le texte des notes 116 et 435, par l'expression "fournis par le transporteur". Il découlerait implicitement du texte que les marchandises doivent être arrimées par le chargeur dans ou sur la remorque.

7. De plus, il a également été estimé lors de la seizième session que, dans certaines versions linguistiques du texte, l'expression "à moins qu'il n'en soit convenu autrement" dans la première phrase modifierait les obligations contenues à la fois dans la première et la deuxième phrases. Pour éviter cela, ces phrases pourraient être placées dans des paragraphes différents.

8. On a également noté qu'il pourrait être nécessaire d'harmoniser l'expression "conteneur ou remorque" avec la terminologie utilisée dans le reste de la

convention. Dans le projet d'article 64-3, l'expression "un conteneur, une palette ou un engin de transport similaire utilisé pour grouper des marchandises" est utilisée. Toutefois, il est important de noter ici que les deux articles poursuivent des objectifs différents. Tandis que le projet d'article 64-3 a pour objectif de préciser comment calculer la limitation lorsque les marchandises sont groupées dans un conteneur ou sur une palette, le second paragraphe du projet d'article 28 vise à souligner que l'obligation contenue au paragraphe 1 prévoit également que les objets, marchandises et articles à l'intérieur d'un conteneur ou d'une remorque auxquels le transporteur n'a pas d'accès immédiat et qu'il ne peut donc pas contrôler, doivent être arrimés, saisis et fixés de façon appropriée. Les autres types d'engins utilisés pour grouper des marchandises, tels que les palettes ouvertes, ne devraient donc pas être inclus dans le second paragraphe.

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant:

Article 28. Remise des marchandises pour le transport

1. À moins qu'il n'en soit convenu autrement [dans le contrat de transport], le chargeur doit remettre les marchandises prêtes pour le transport et dans un état tel qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention, d'arrimage, de saisissage, de fixation et de déchargement dont elles feront l'objet, et ne causeront pas de perte ou de dommage.

2. Lorsque les marchandises sont remises dans ou sur un conteneur ou une remorque [empotés par le chargeur] [fournis par le transporteur], l'obligation énoncée au paragraphe 1 s'étend aux opérations d'arrimage, de saisissage et de fixation des marchandises dans ou sur le conteneur ou la remorque.

IV. Projet d'article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions; et projet d'article 18. Responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions

10. À sa seizième session, le Groupe de travail est convenu de conserver le projet d'article 29, mais de le rédiger en termes plus généraux, en mettant l'accent sur la coopération entre le chargeur et le transporteur pour éviter que les marchandises ne causent une perte ou un dommage ou ne soient elles-mêmes perdues ou endommagées (voir par. 127 du document A/CN.9/591). L'obligation du transporteur dans le projet d'article 29 doit être considérée comme secondaire par rapport à l'obligation du chargeur prévue dans le projet d'article 28. Selon le projet d'article 29, le transporteur est tenu d'aider le chargeur afin de lui permettre de s'acquitter de son obligation de préparer les marchandises pour le transport. L'un des problèmes posés par le texte sous sa forme actuelle est qu'il impose une obligation au transporteur, alors que le chapitre ne traite, dans son ensemble, que des obligations du chargeur. Ce problème avait déjà été relevé lors de l'examen du chapitre à la treizième session du Groupe de travail, tenue du 3 au 14 mai 2004 (voir A/CN.9/552, par. 126). Une solution pourrait consister à remplacer l'obligation du transporteur par un droit général du chargeur de demander et d'obtenir des informations auprès du transporteur. Il ressortirait alors clairement du texte que le

transporteur a l'obligation implicite de coopérer avec le chargeur dans ce domaine et que cette obligation est secondaire par rapport à l'obligation du chargeur prévue dans le projet d'article 28.

11. Pour ce qui est de l'obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents, il a été relevé lors de la seizième session du Groupe de travail que le texte du projet d'article 30, en particulier l'alinéa b), était très général et qu'un chargeur omettant de fournir ne serait-ce qu'un seul document pouvait s'exposer à des pertes imprévisibles et énormes (voir. par. 133 du document A/CN.9/591). Toutefois, un moyen d'équilibrer un texte aussi général que celui du projet d'article 30 est d'étendre à celui-ci le droit du chargeur de demander et d'obtenir des informations et des instructions qui lui sont raisonnablement nécessaires pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du projet d'article 28, tout en modifiant sa responsabilité en une responsabilité générale fondée sur la faute. Ainsi, lorsque le chargeur ne sait pas avec certitude si le transporteur aura besoin d'un type particulier de document, il aura la possibilité de demander et d'obtenir cette information auprès du transporteur. Si ce dernier répond par la négative, le chargeur ne sera responsable d'aucune perte ni d'aucun dommage résultant du fait que le document n'a pas été fourni. Si cette approche est retenue, il est proposé que le Groupe de travail permute les projets d'articles 29 et 30 existants, de manière à réduire les obligations du chargeur en ce qui concerne les informations, instructions et documents, en obligeant le transporteur à fournir des instructions à la demande du chargeur.

12. L'information que le chargeur a le droit de demander et d'obtenir devrait se limiter à ce à quoi le transporteur a raisonnablement accès. En d'autres termes, le chargeur ne peut pas demander une information qui exige des recherches approfondies de la part du transporteur. Une autre solution pourrait être d'inclure l'expression "dont le transporteur a connaissance". Mais un tel libellé signifierait que le transporteur n'a aucune obligation de fournir des informations dont il n'a pas connaissance, même s'il lui serait facile de faire des recherches sur la question. De même, les instructions que le chargeur aurait le droit de demander et d'obtenir devraient se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire.

13. Une autre solution serait d'inclure une disposition plus générale prévoyant que le chargeur et le transporteur ont une obligation réciproque de coopérer en ce qui concerne les informations et les instructions requises pour une manutention et un transport sûrs des marchandises. L'avantage d'une telle disposition serait qu'elle mettrait l'accent sur le devoir de coopération des parties. Toutefois, une disposition rédigée en des termes aussi généraux risquerait d'être considérée comme une simple déclaration sans effet juridique par les tribunaux.

14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les variantes B et C ci-après du texte existant du projet d'article 29 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, qui serait considéré lui comme la variante A:

Article 29 [30]. Informations et instructions du transporteur

[*Variante A*

Le transporteur doit fournir au chargeur, à sa demande [et en temps utile], les informations dont il a connaissance et les instructions qui sont raisonnablement nécessaires au chargeur ou importantes pour lui afin de

s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28. [Ces informations et instructions doivent être exactes et complètes.]]

[*Variante B*

Le chargeur a le droit de demander et d'obtenir en temps utile auprès du transporteur les informations qui sont raisonnablement accessibles et les instructions qui lui sont raisonnablement nécessaires pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu des articles 28 et 30 [29].]

[*Variante C*

Le transporteur et le chargeur répondent de bonne foi aux demandes raisonnables qu'ils s'adressent, en vue d'obtenir les informations et instructions requises pour la manutention et le transport sûrs des marchandises, lesquelles informations et instructions sont en possession de la partie à laquelle elles sont demandées et ne sont pas raisonnablement accessibles par d'autres moyens à la partie qui les demande.]

15. Au vu des considérations ci-dessus, le projet d'article 18 sur la responsabilité du transporteur pour défaut de fourniture d'informations et d'instructions devrait être supprimé. Il semble qu'une sanction particulière n'ait ici guère d'utilité, sinon aucune, car l'obligation du transporteur en la matière est secondaire par rapport aux obligations qui incombent au chargeur en vertu du projet d'article 28. Cela signifie, par exemple, que si le chargeur n'est pas en mesure de fournir des informations et des instructions en raison du manque de coopération du transporteur, il ne sera pas responsable des dommages causés par les marchandises au navire ou à d'autres équipements appartenant au transporteur.

16. Une autre raison justifiant la suppression du projet d'article 18 est que, sous sa forme actuelle, il empiète sur la disposition générale relative à la responsabilité du transporteur contenue dans le projet d'article 17. Ainsi, si les marchandises sont endommagées pendant le transport, le transporteur peut se défendre, conformément au projet d'article 17, en prouvant que les marchandises ont été en fait arrimées par le chargeur et que cet arrimage a endommagé la cargaison (voir projet d'article 17-2 et 3-i)). La charge de la preuve se reporterait alors sur le chargeur, qui devrait prouver que le mauvais arrimage est dû au fait qu'il a suivi les instructions du transporteur (voir projet d'article 17-2 a)). En d'autres termes, cette situation est déjà régie par le projet d'article 17 et l'existence d'une règle supplémentaire dans le projet d'article 18 qui pourrait être applicable risque d'être source de confusion.

V. Projet d'article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents

17. Dans le rapport de la seizième session, il a été noté que l'alinéa b) de cet article devrait être placé entre crochets, que les mots "[en temps utile]" et "[exacts et complets]" dans le chapeau devraient être considérés de la même manière que le texte similaire du projet d'article 29, et que les améliorations d'ordre rédactionnel devraient tenir compte du document A/CN.9/WG.III/WP.55, ainsi que d'autres instruments internationaux (voir par. 129 et 135 du document A/CN.9/591). Le Groupe de travail a également décidé que le débat futur sur le fondement de la responsabilité du chargeur dans le projet d'article 31 devrait être pris en

considération dans les versions futures du projet d'article 30, et que la référence aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 du projet d'article 38 devrait être étendue à l'alinéa a) (voir par. 135 du document A/CN.9/591).

18. Au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.55, il a été suggéré que les mots "excepté dans la mesure où le chargeur peut raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur" à l'alinéa a) et les mots "à moins que le chargeur puisse raisonnablement supposer que cette information est déjà connue du transporteur" à l'alinéa c) soient supprimés. Comme il a été observé dans le rapport de la seizième session du Groupe de travail, si les alinéas a) et c) devaient finalement relever d'un régime de responsabilité fondé sur la faute conformément au projet d'article 31 (sauf pour la responsabilité liée à l'exactitude de l'information), il se pourrait que les mots "raisonnablement supposer" soient inutiles et puissent être supprimés (voir par. 130 du document A/CN.9/591).

19. Comme il est noté plus haut, le problème général avec le projet d'article 30, en particulier l'alinéa b), est qu'il est rédigé en termes très généraux et risque d'exposer le chargeur à une lourde responsabilité. Toutefois, il semble difficile de limiter la portée de la disposition. Il ne semble pas possible dans la pratique de tenter d'énoncer les obligations du chargeur dans le projet d'article 30 dans des termes spécifiques puisque les informations, instructions et documents nécessaires peuvent varier considérablement d'un type de transport de marchandises à l'autre. Une solution pourrait consister à limiter, à l'alinéa b), les informations, instructions et documents que doit fournir le chargeur aux informations, instructions et documents raisonnablement accessibles qui lui sont indiqués par le transporteur, sauf si les règles et règlements des autorités publiques exigent que le chargeur fournisse lui-même ces informations (voir variante B). Une telle règle risque toutefois de contredire le fait que, dans de nombreux cas, le chargeur est le mieux placé pour savoir quels documents sont nécessaires pour satisfaire les autorités douanières. Comme indiqué plus haut au sujet du projet d'article 29, une solution pratique à ce problème serait de tenter de limiter la responsabilité du chargeur en en faisant généralement une responsabilité fondée sur la faute assortie d'une charge de la preuve ordinaire et peut-être en excluant aussi la plus grande partie de la responsabilité en cas de retard, ou de limiter les indemnités à un certain montant, plutôt que d'essayer de limiter la portée de l'alinéa b).

20. Sur la base de ces considérations, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant:

Article 30 [29]. [Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents] [Obligation faite au chargeur et au transporteur de fournir des informations, instructions et documents]

Le chargeur doit fournir au transporteur en temps utile les informations, instructions et documents qui sont raisonnablement nécessaires pour:

a) La manutention et le transport des marchandises, y compris les précautions devant être prises par le transporteur ou une partie exécutante;

[Variante A de l'alinéa b)

b) Le respect des règles, règlements et autres exigences des autorités concernant le transport prévu, y compris les déclarations, demandes et autorisations concernant les marchandises;] et

[Variante B de l'alinéa b)

b) Le respect par le transporteur des règles et règlements des autorités publiques qui s'appliquent à l'expédition si le chargeur est tenu par la loi applicable de fournir ces informations, instructions et documents ou si ces informations, instructions et documents lui sont indiqués en temps utile par le transporteur. Sauf si la loi applicable l'exige, le chargeur n'est pas obligé, par le présent alinéa, de fournir des informations, instructions et documents auxquels le transporteur a raisonnablement accès par d'autres moyens;] et

c) L'établissement des données du contrat et l'émission des documents de transport ou des enregistrements électroniques concernant le transport, y compris les renseignements visés à l'article 38-1 a), b) et c); le nom de la partie devant être identifiée comme le chargeur dans les données du contrat; le nom du destinataire éventuel; et le nom de la personne à l'ordre de laquelle le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport doit éventuellement être émis.

VI. Projet d'article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur

21. Lors de la seizième session du Groupe de travail, une majorité de délégations a souscrit à l'avis selon lequel la responsabilité devrait être fondée sur la faute et assortie d'une charge de la preuve ordinaire, comme à l'article 12 des Règles de Hambourg et à l'article 4-3 des Règles de La Haye-Visby (voir par. 138 du document A/CN.9/591). Cette approche signifie que le transporteur devra prouver que la perte ou le dommage résulte de la faute du chargeur. Comme indiqué plus haut, elle compenserait le fait que le chargeur a une responsabilité illimitée et tiendrait également compte du fait que le transporteur est généralement beaucoup mieux placé pour établir les événements survenus en cours de transport. Une telle approche correspondrait également mieux à la règle contenue dans le projet d'article 17-2 et 3 i) qui veut que, si des marchandises sont endommagées, le transporteur doive prouver, par exemple, que le chargeur a effectivement arrimé les marchandises et que cet arrimage est à l'origine du dommage.

22. Un autre moyen de réduire l'exposition du chargeur à des risques importants consiste à supprimer sa responsabilité en cas de retard. Lors de la seizième session, il a été proposé de supprimer cette dernière du projet de texte (voir par. 143 à 146 du document A/CN.9/591). D'autres délégations ont toutefois été d'avis qu'il fallait conserver la responsabilité pour retard. Sa suppression remettrait en effet en question la création d'une responsabilité de plein droit pour communication d'informations incorrectes, de telles informations étant considérées comme la cause la plus fréquente du retard. La suppression du mot "retard" n'exonérera pas semble-t-il le chargeur de toute responsabilité pour retard. Il sera toujours responsable d'un retard qui est la conséquence d'un dommage matériel aux termes de la convention. Si, par exemple, les marchandises endommagent le navire, le transporteur aura également droit à réparation pour le retard dû au dommage. En fait, si on supprime le mot "retard", la responsabilité pour les retards qui ne sont pas liés à un dommage matériel serait régie par le droit interne. Une telle solution ne correspondrait pas aux

prévisions de l'article 3-5 des Règles de La Haye et de l'article 17-1 des Règles de Hambourg relatives à la responsabilité pour communication d'informations inexactes. Une solution de compromis pourrait être de supprimer le mot "retard" et de laisser la question de la responsabilité en cas de retard (lorsque le retard ne résulte pas d'un dommage matériel) au droit interne, sauf pour le projet d'article 30 c). Dans la proposition de texte, le mot "retard" a été mis entre crochets.

23. Lors de sa seizième session, le Groupe de travail a décidé qu'une responsabilité de plein droit devrait être imposée pour communication d'informations inexactes s'agissant du projet d'article 30 c). Le chargeur sera donc réputé avoir garanti l'exactitude des informations contenues dans les documents qu'il fournit au transporteur, alors que la responsabilité en cas de non-fourniture d'un document sera toujours fondée sur la faute. Une telle responsabilité correspondra à l'article 3-5 des Règles de La Haye et à l'article 17-1 des Règles de Hambourg. Il faut noter ici que, pour correspondre entièrement aux règles de La Haye-Visby et aux Règles de Hambourg, la responsabilité au paragraphe 2, comme indiqué plus haut, devrait inclure le retard.

24. Puisque le Groupe de travail a décidé que le chapitre 8 du projet de convention devrait traiter uniquement de la relation entre le chargeur et le transporteur, et non avec des tiers, le paragraphe 3 du projet d'article 31 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 devrait être supprimé.

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte ci-après:

Article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur

1. Le chargeur est responsable envers le transporteur de la perte, [ou] du dommage [ou du retard] causé par les marchandises, et du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu des articles 28 et [29] 30, à condition que cette perte, [ou] ce dommage [ou ce retard] résulte de sa propre faute ou de la faute de l'une des personnes mentionnées à l'article 35.

2. Nonobstant le paragraphe 1, le chargeur est réputé avoir garanti l'exactitude, au moment de leur réception par le transporteur, des informations et des documents devant être fournis conformément à l'article [29] 30 c). Il doit indemniser le transporteur de toute perte, [ou] dommage [ou retard] découlant ou résultant de l'inexactitude de ces informations et documents.

VII. Projet d'article 32. Fausse déclaration grave du chargeur

26. Il a été convenu lors de la seizième session que le projet d'article 32 devrait être supprimé du projet de convention (voir par. 156 du document A/CN.9/591).

VIII. Projet d'article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses

27. Le Groupe de travail a décidé, à sa seizième session, d'introduire le mot "deviennent" dans le paragraphe 1 du projet d'article 33, de manière à rendre la règle plus complète (voir par. 159 et 161 du document A/CN.9/591).

28. Pour ce qui est du paragraphe 2, il a été noté que le chargeur risque d'avoir des difficultés à s'acquitter de l'obligation d'apposer sur les marchandises une marque ou une étiquette conformément aux règles, règlements et exigences des autorités parce qu'il n'a pas connaissance de la manière exacte dont le voyage se déroulera ni des modes de transport qui seront utilisés. Ce problème est déjà résolu dans une certaine mesure par l'application de l'obligation au "transport prévu". Si, par exemple, le transporteur décide soudainement de faire transiter les marchandises par un autre pays ou d'utiliser un autre mode de transport que celui prévu à l'origine, le chargeur ne peut pas être tenu responsable du fait que les marchandises ne sont pas étiquetées conformément aux règlements applicables à ce nouveau mode de transport dans le pays en question. Toutefois, le texte existant ne résout pas le problème lorsque l'itinéraire n'a pas été convenu et que la décision est laissée au transporteur. À titre de solution pratique, on propose d'ajouter un nouveau paragraphe 4, qui donnerait au chargeur le droit de demander et d'obtenir auprès du transporteur des informations raisonnablement accessibles et des instructions de manière à pouvoir s'acquitter de ses obligations. Le paragraphe proposé a été ajouté ci-dessous entre crochets et a pour but, tout comme le texte suggéré pour le projet d'article 29, de souligner que le transporteur et le chargeur doivent coopérer de sorte que le premier doive informer le second à sa demande de l'itinéraire retenu. Une autre solution pourrait consister aussi à inclure une référence au projet d'article 33-3 dans la variante B du projet d'article 29.

29. De plus, le texte des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 33 a été modifié de manière à refléter la décision prise par le Groupe de travail à sa seizième session (voir par. 166 et 170 du document A/CN.9/591). Les références aux parties exécutantes ont été supprimées pour ce qui est de la responsabilité (le chargeur peut néanmoins informer la partie exécutante au lieu du transporteur) de même que les mots "directement ou indirectement". Le mot "retard" pourrait également être supprimé pour ne pas exposer le chargeur à une trop grande responsabilité. Comme indiqué dans le paragraphe 168 du document A/CN.9/591, on pourrait remplacer les mots "de l'expédition" par "du défaut d'information" dans le texte, ce qui permettrait de souligner la nécessité d'une relation de cause à effet entre le défaut d'information et la perte, le dommage ou le retard. On notera toutefois l'opinion exprimée lors de la seizième session du Groupe de travail, selon laquelle les mots "de l'expédition" visaient à préserver l'approche suivie dans l'article 13-2 a) des Règles de Hambourg pour bien montrer que l'obligation du chargeur était essentielle (voir par. 168 du document A/CN.9/591).

30. Comme l'obligation d'informer le transporteur de la dangerosité des marchandises est la plus importante de l'article, il est proposé que cette règle soit contenue dans le paragraphe 2 plutôt que le paragraphe 3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner si la définition du terme "marchandises dangereuses" ne devrait pas être déplacée au projet d'article premier du projet de convention. Aucune de ces solutions n'a été véritablement examinée lors de la seizième session.

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant:

Article 33. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses

1. Le terme "marchandises dangereuses" désigne des marchandises qui, par leur nature ou leur caractère, présentent [, deviennent], ou risquent selon

toute vraisemblance de devenir un danger pour les personnes ou les biens ou pour l'environnement.

2. Le chargeur doit informer le transporteur de la dangerosité des marchandises rapidement avant que l'expéditeur ne les remette à ce dernier ou à une partie exécutante. Si le chargeur manque à cette obligation et que le transporteur ou la partie exécutante n'ait pas autrement connaissance de la dangerosité des marchandises, le chargeur est responsable envers le transporteur de toute perte, [ou] dommage [ou retard] découlant ou résultant [de l'expédition] [du défaut d'information].

3. Le chargeur doit apposer sur les marchandises dangereuses une marque ou une étiquette conformément aux règles, règlements ou autres exigences des autorités qui s'appliquent à n'importe quelle étape du transport prévu. S'il manque à cette obligation, il est responsable envers le transporteur de toute perte, [ou] dommage [ou retard] découlant ou résultant de ce manquement.

[4. Le chargeur a le droit de demander et d'obtenir auprès du transporteur les informations qui sont raisonnablement accessibles, et les instructions qui lui sont raisonnablement nécessaires pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 3.]

XI. Projet d'article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur

32. Le Groupe de travail a décidé ici d'insérer le texte proposé au paragraphe 39 du document A/CN.9/WG.III/WP.55, mais en remplaçant le membre de phrase "reçoit le document de transport ou l'enregistrement électronique" par "accepte que son nom apparaisse sur le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport comme étant le chargeur" (voir par. 175 du document A/CN.9/591).

33. En conséquence, le texte devrait être libellé comme suit:

Article 34. Acceptation des droits et obligations du chargeur

1. Si une personne identifiée comme "chargeur" dans les données du contrat, bien que n'étant pas le chargeur tel que défini à l'article 1 h), accepte que son nom apparaisse sur le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport comme étant le chargeur, elle a) est soumise aux obligations et responsabilités qui incombent au chargeur en vertu du présent chapitre et de l'article 59, et b) bénéficie des droits et exonérations reconnus au chargeur par le présent chapitre et le chapitre 14.

2. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidence sur les obligations, responsabilités, droits ou exonérations du chargeur.

X. Projet d'article 35. Responsabilité du chargeur du fait d'autrui

34. Le Groupe de travail a décidé ici d'insérer le texte proposé au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.III/WP.55 dans le projet de convention (voir par. 180 du document A/CN.9/591).

35. Il a aussi été noté pendant le débat à la seizième session qu'il pourrait être nécessaire de modifier le paragraphe 2 du texte contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.55, de manière à tenir compte des changements apportés au projet d'article 14-2 concernant les clauses "franco chargement et déchargement (cargaison arrimée)" (FIO(S)). Par la suite, pendant le débat relatif à la livraison des marchandises, il a été expliqué que, par l'effet conjugué des projets d'articles 11-6 et 14-2, le chargeur était responsable de toute perte qu'il causerait en ne s'acquittant pas effectivement des obligations qui lui incombent en vertu des clauses FIO(S), tandis que le transporteur resterait tenu d'autres obligations durant le chargement et le déchargement (voir par. 204 du document A/CN.9/591). Dans ces conditions, le paragraphe 2 du projet d'article 35 ne semble guère nécessaire. Il ne semblerait utile dans une certaine mesure que lorsque les parties traitent la clause FIO(S) comme une simple clause de paiement, c'est-à-dire que le chargement ou le déchargement des marchandises est payé par le chargeur, mais effectué par le transporteur. Toutefois, en vertu des principes généraux du droit des contrats, le transporteur ne peut pas rendre le chargeur responsable d'une perte ou d'un dommage dans une telle situation. Le paragraphe 2 pourrait donc être supprimé.

36. Si le paragraphe 2 du texte, tel qu'il figure dans le paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.III/WP.55, est maintenu, il faudra se demander s'il est nécessaire de le modifier. Pendant le débat, on a avancé que les mots "du côté du transporteur" étaient inutiles, du fait que le terme "partie exécutante" était défini dans le projet de convention comme une personne agissant au nom du transporteur (voir par. 179 du document A/CN.9/591). Toutefois, ces mots semblent ici servir à faire la distinction entre les parties exécutantes du côté du chargeur et celles du côté du transporteur. Le paragraphe ne s'applique qu'aux parties exécutantes du transporteur. L'expression "du côté du transporteur" a été remplacée par "agissant pour le compte du transporteur", ce qui a permis de rendre le texte légèrement plus clair.

37. Il a également été suggéré lors de la seizième session que le mot "vicarious" (du fait d'autrui) dans le titre devrait être modifié pour des questions d'uniformité entre les différentes versions linguistiques du projet de convention. Le titre existant pourrait être remplacé par "responsabilité pour les actes et omissions d'autrui".

38. Sur la base des considérations ci-dessus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le texte suivant:

Article 35. Responsabilité pour les actes et omissions d'autrui

1. Le chargeur répond des actes et omissions de toute personne, y compris de ses sous-traitants, employés et mandataires à qui il a délégué l'exécution des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre, comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions. Le chargeur n'est tenu responsable en vertu du présent article que lorsque la personne concernée a

commis l'acte ou l'omission dans l'exercice de ses fonctions de sous-traitant, d'employé ou de mandataire.

[2. Nonobstant le paragraphe 1, le chargeur ne répond pas des actes et omissions du transporteur ou d'une partie exécutante agissant pour le compte du transporteur à laquelle il a délégué l'exécution des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre.

XI. Projet d'article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur

39. Le Groupe de travail a décidé de conserver le projet d'article 36, mais de le réexaminer à la lumière de la décision prise en relation avec le projet d'article 94-2. Le mot "ou" à la fin de l'alinéa a) devrait toutefois être déplacé à la fin de l'alinéa b).

40. L'article devrait donc être libellé comme suit:

Article 36. Cessation de la responsabilité du chargeur

Lorsque le contrat de transport prévoit que la responsabilité du chargeur ou de toute autre personne identifiée dans les données du contrat comme étant le chargeur cessera, intégralement ou en partie, lors d'un certain événement ou après un moment donné, cette cessation n'a aucun effet:

a) Sur toute responsabilité incombant en vertu du présent chapitre au chargeur ou à une personne mentionnée à l'article 34;

b) Sur tout montant dû au transporteur en vertu du contrat de transport, sauf dans la mesure où le transporteur a une garantie suffisante couvrant le règlement de ce montant; ou

c) Dans la mesure où elle est incompatible avec l'article 63.

U. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des Pays-Bas, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.68) [Original: anglais]

Note du secrétariat

Le Gouvernement néerlandais a présenté le texte d'une proposition de dispositions relatives aux connaissements à personne dénommée à insérer dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] pour examen par le Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session. On trouvera en annexe à la présente note la traduction de ce texte tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Proposition des Pays-Bas concernant les connaissements à personne dénommée

I. Introduction

1. Le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (A/CN.9/WG.III/WP.56) fait référence aux documents de transport négociables et aux documents de transport non négociables (et, bien entendu, à leurs pendants électroniques). Il les définit aux alinéas o) et p) du projet d'article premier, puis énonce des règles pour chacun d'eux.

2. Dans la pratique toutefois, on utilise aussi un document de transport dont l'effet juridique se situe dans de nombreux États quelque part *entre* celui d'un document négociable et celui d'un document non négociable: le connaissement à personne dénommée[1]. Ce document peut être désigné par différents termes, tels que "connaissement nominatif" ou "connaissement non à ordre"[2].

3. La loi régissant les connaissements à personne dénommée est loin d'être uniforme. Le destinataire doit-il présenter ce document au transporteur pour obtenir livraison des marchandises au lieu de destination? S'agit-il d'un document formant titre? Son contenu constitue-t-il une preuve péremptoire à l'égard du destinataire? Ce document est-il représentatif de droits envers le transporteur? Dans le cas d'un transfert de droits du chargeur au destinataire, quelle méthode peut ou doit être utilisée?

4. Les réponses à ces types de question diffèrent d'un pays à l'autre et les avis peuvent diverger au sein d'un même pays. Bien que le connaissement à personne dénommée soit utilisé de longue date, l'insécurité juridique qui le caractérise reste source de litiges dans plusieurs pays. En outre, la jurisprudence issue de ces litiges ne contribue pas toujours à l'objectif d'uniformité.

5. On peut considérer que les nouvelles dispositions du projet de convention rendent le connaissement à personne dénommée superflu. Toutes ses fonctions commerciales peuvent sans doute être remplies, en vertu des nouvelles dispositions (notamment sur la livraison, le droit de contrôle et le transfert de droits), soit par un document de transport non négociable classique (tel qu'une lettre de transport maritime), soit par un document de transport négociable classique (tel qu'un connaissement à ordre) endossé par le chargeur au profit d'une personne désignée.

6. Cependant, on ne peut pas attendre de l'utilisateur moyen d'un connaissement à personne dénommée qu'il opte expressément pour l'une ou l'autre de ces possibilités. Une fois le projet de convention entré en vigueur, il est plus probable

---

[1] La plupart des pays considèrent le connaissement à personne dénommée comme un type particulier de document de transport *non négociable*. Certains toutefois le considèrent comme un type particulier de document de transport *négociable*.

[2] Ces termes pouvant avoir des connotations juridiques particulières dans le droit interne, la présente proposition reste aussi neutre que possible en désignant ce type de document par le terme: "connaissement à personne dénommée".

que les chargeurs qui sont habitués à demander aux transporteurs d'émettre un connaissement nominatif continueront de le faire. Partant, l'utilisation de ce document serait à l'avenir soumise aux règles s'appliquant de façon générale aux documents de transport non négociables[3], ce qui pourrait ne pas correspondre à l'intention des parties. Celles-ci peuvent certes déroger contractuellement aux règles[4] du projet de convention et adapter le document à leurs besoins commerciaux particuliers, mais cela arriverait-il dans le cours normal des affaires? De tels doutes sont justifiés à la lumière du manque actuel d'uniformité dans la législation relative aux connaissements à personne dénommée, et si les suppositions susmentionnées se confirment, la nouvelle convention risque en fin de compte de renforcer l'insécurité juridique qui entoure l'utilisation de ce connaissement au lieu de la réduire.

7. Il va de soi qu'un tel résultat est à éviter, l'objectif de toute convention de droit commercial étant d'assurer l'uniformité et la sécurité juridiques lorsque cela est possible et réalisable. C'est pourquoi, selon l'avis de la délégation néerlandaise, il est souhaitable que le projet de convention traite les connaissements à personne dénommée comme une catégorie de document distincte et tente, dans un souci d'uniformité et de sécurité juridiques, d'énoncer certaines règles s'y rapportant.

8. À partir de là, les questions juridiques qui, selon nous, méritent une attention particulière lors de l'examen de règles éventuelles sur ces connaissements sont:

a) La livraison des marchandises au destinataire désigné;

b) L'attribution et le transfert du droit de contrôle;

c) La force probante du document; et

d) Le transfert de droits.

II. Propositions spécifiques

9. Avant d'aborder ces questions, toutefois, il faut envisager une définition appropriée du connaissement à personne dénommée. Le projet de convention n'est pas d'un grand secours car il ne fait nullement référence au connaissement, qui n'est souvent pas défini non plus en droit interne. En revanche, le projet de convention définit à l'alinéa o) de l'article premier le "document de transport négociable" comme un document qui indique que les marchandises ont été expédiées à ordre ou au porteur. Il s'ensuit qu'un document qui indique que les marchandises ont été expédiées à une personne dénommée appartient, *dans le cadre du projet de convention*, à la catégorie des documents non négociables.

10. En outre, en droit des transports, une fonction essentielle du connaissement est d'autoriser la personne qui est soit désignée nommément dans le document (directement ou en tant qu'endossataire), soit devenue porteur du document (lorsque ce dernier est émis directement au porteur ou endossé en blanc) à exercer tout droit en vertu du contrat de transport attesté par ce document. Cette fonction implique

---

[3] Voir par. 9 ci-dessous.

[4] Il est supposé que les dispositions relatives à l'effet juridique des documents de transport ne seront pas impératives.

que le document doit être présenté ou remis au transporteur lorsque son possesseur souhaite exercer ce droit. La règle de présentation semble donc constituer un deuxième élément essentiel de la définition du connaissement à personne dénommée.

11. La lettre de transport maritime est aussi un document non négociable normalement nominatif. Pour distinguer le connaissement à personne dénommée d'une telle lettre, et de manière tout à fait conforme à la fonction essentielle précitée du connaissement, la définition devrait contenir un troisième élément, à savoir prévoir que la règle de présentation doit être énoncée dans le document lui-même.

12. Pour les raisons exposées ci-dessus, le connaissement à personne dénommée est décrit, dans les propositions qui suivent, comme:

> "*un document de transport non négociable indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises*."

13. Il s'ensuit qu'un document de transport nominatif qui n'énonce pas la règle de présentation sous une forme ou une autre est soumis à toutes les dispositions du projet de convention s'appliquant aux documents de transport non négociables, même s'il porte le nom de "connaissement"[5, 6].

14. À partir du moment où le connaissement à personne dénommée est décrit comme on l'a proposé au paragraphe 12, les dispositions sur la livraison dans les projets d'articles 48 et 49 ne sont plus adaptées. C'est pourquoi on propose ci-dessous un nouveau projet d'article 48 *bis* devant s'appliquer à ce type de connaissement. Ce nouvel article combine les éléments des projets d'articles 48 et 49 qui, selon nous, sont importants pour l'utilisation de ce document.

15. Nouveau projet d'article 48 *bis*. "Livraison en cas d'émission d'un document de transport non négociable devant être remis"

> *Lorsqu'un document de transport non négociable indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:*
>
> *a) Le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 au destinataire contre remise du document non négociable et sur production d'un document d'identification approprié par le destinataire. Il peut refuser de livrer les marchandises si l'une quelconque de*

---

[5] Il est estimé que l'obligation d'énoncer la règle de présentation dans le document est conforme à la pratique actuelle. Lorsqu'un chargeur demande à un transporteur d'émettre un connaissement nominatif, ce dernier utilisera son formulaire de connaissement standard. En l'absence d'une définition juridiquement uniforme du connaissement, ces formulaires standard énoncent, presque sans exception, la règle de présentation de façon contractuelle, car la fonction du connaissement – qui est d'autoriser l'exercice de droits – est un élément essentiel pour la relation entre le transporteur et le titulaire d'un droit sur les marchandises. Au cours des dernières années, la plupart des banques sont aussi devenues favorables à l'inclusion de la règle de présentation dans les connaissements.

[6] Nous avons conscience que cette description pourrait englober des documents de transport qui sont de simples récépissés mais, selon nous, rien ne s'y oppose. Si un récépissé contient une règle de présentation, il lui est accordé un statut qui permet, si nécessaire, de lui appliquer *mutatis mutandis* les dispositions proposées.

ces deux exigences n'est pas satisfaite. Si plusieurs originaux du document non négociable ont été émis, la remise d'un original suffit et les autres originaux cessent d'avoir tout effet ou validité;

b) Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination ou si le transporteur refuse de livrer les marchandises au motif que le destinataire est dans l'incapacité de produire un document d'identification approprié ou ne remet pas le document, le transporteur doit en aviser le chargeur. Dans ce cas, le chargeur doit donner des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa. Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction du chargeur conformément au présent alinéa est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport, que le document de transport non négociable lui ait été remis ou non.

16. La disposition correspondante pour la version électronique de ce document pourrait alors être libellée comme suit:

Nouveau projet d'article 48 *ter*. "Livraison en cas d'émission d'un enregistrement électronique non négociable concernant le transport devant être remis"

Lorsqu'un enregistrement électronique non négociable concernant le transport indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises a été émis, les alinéas suivants s'appliquent:

a) Le transporteur doit livrer les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11-4 à la personne qui est désignée comme destinataire dans l'enregistrement électronique et qui a le contrôle exclusif de cet enregistrement. À la livraison, l'enregistrement électronique cesse d'avoir tout effet ou validité. Le transporteur peut refuser de livrer les marchandises si la personne qui déclare être le destinataire est dans l'incapacité de produire un document d'identification approprié et de démontrer conformément aux procédures mentionnées à l'article 6[7] *qu'elle a le contrôle exclusif de l'enregistrement;*

b) Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination ou si le transporteur refuse de livrer les marchandises conformément à l'alinéa a), le transporteur doit en aviser le chargeur. Dans ce cas, le chargeur doit donner des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur est dans l'incapacité, après un effort raisonnable, d'identifier et de trouver le chargeur, la personne mentionnée à l'article 34 est réputée être le chargeur aux fins du présent alinéa. Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction du chargeur conformément au présent alinéa est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport, que la

---

[7] Le projet d'article 6 doit être modifié de manière à prévoir des procédures adaptées à l'utilisation d'un tel enregistrement électronique.

personne à laquelle les marchandises sont livrées soit capable ou non de démontrer conformément aux procédures mentionnées à l'article 6 qu'elle a le contrôle exclusif de l'enregistrement.

17. S'agissant du droit de contrôle, le projet d'article 56 du projet de convention prévoit que, dans le cas d'un document de transport non négociable, ce droit peut être transféré à tout tiers, y compris au destinataire (initial). De cette manière, une banque peut acquérir le contrôle des marchandises. En ce qui concerne le connaissement à personne dénommée toutefois, la règle de présentation implique qu'un transfert du droit de contrôle ne peut s'effectuer qu'entre chargeur et le destinataire désigné dans le document. Une banque en possession d'un connaissement délivré à une personne dénommée (autre que la banque elle-même) n'a pas la faculté "positive" d'exercer un droit de contrôle, mais n'a que la faculté "négative" d'empêcher toute autre personne d'exercer ce droit pendant le transport des marchandises. La règle de présentation implique aussi que le transfert du droit de contrôle et celui du document doivent avoir lieu simultanément.

18. Au vu de ce qui précède, il est proposé d'ajouter un nouveau paragraphe au projet d'article 56, combinant les éléments des autres paragraphes de cet article qui, selon nous, sont importants pour l'utilisation du connaissement à personne dénommée.

19. Nouveau paragraphe à l'article 56

Lorsqu'un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable concernant le transport indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises a été émis, les règles suivantes s'appliquent:

a) Le chargeur est la partie contrôlante. Au moment du transfert du document ou de l'enregistrement électronique au destinataire désigné conformément aux procédures mentionnées à l'article 6, cette personne devient la partie contrôlante et le chargeur perd son droit de contrôle. Si plusieurs originaux du document ont été émis, tous les originaux doivent être transférés pour que le droit de contrôle soit lui aussi transféré;

b) Pour exercer son droit de contrôle, la partie contrôlante doit produire un document d'identification approprié et, si le transporteur le demande, lui présenter le document non négociable ou, dans le cas d'un enregistrement électronique, démontrer conformément aux procédures mentionnées à l'article 6 qu'elle a le contrôle exclusif de l'enregistrement. Lorsque plusieurs originaux du document ont été émis, tous les originaux sont présentés, faute de quoi le droit de contrôle ne peut être exercé;

c) Toute instruction visée à l'article 54 c) qui est donnée par la partie contrôlante doit, lorsqu'elle prend effet conformément à l'article 57, être portée sur le document non négociable ou l'enregistrement électronique non négociable.

20. En ce qui concerne la force probante du connaissement qui est entre les mains de la personne dénommée, on a le choix entre:

i) Suivre la règle qui s'applique normalement aux documents de transport non négociables, selon laquelle le document constitue une présomption simple conformément à l'article 43 a); ou

ii) Faire ressortir la sécurité accrue que le connaissement apporte à la personne dénommée et la faire bénéficier d'un avantage supplémentaire en prévoyant que le document constitue une preuve péremptoire à l'égard du transporteur.

Aucun choix n'a été opéré ici entre ces deux options. Le paragraphe ci-dessous ne contient que des propositions rédactionnelles.

21. Si l'on retient l'option i) au paragraphe précédent, aucun nouveau texte ne sera nécessaire, car l'alinéa a) de l'article 43 couvre déjà cette possibilité. En revanche, si l'on retient l'option ii), il faudra insérer un nouveau texte à l'alinéa b) de l'article 43, soit en tant que variante C du sous-alinéa ii), soit en tant que nouveau sous-alinéa iii). Ce nouveau texte pourrait être libellé comme suit:

Nouveau sous-alinéa de l'alinéa b) de l'article 43 pouvant soit remplacer les différentes variantes du sous-alinéa ii), soit devenir le nouveau sous-alinéa iii)

"*Si un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable concernant le transport indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises a été émis, si ce document ou cet enregistrement a été transféré au destinataire agissant de bonne foi*."

22. En ce qui concerne le transfert de droits en vertu d'un connaissement à personne dénommée, la question principale est de savoir si ce document est représentatif de droits ou non. Normalement, un document non négociable ne l'est pas. Dans plusieurs pays, cependant, le connaissement à personne dénommée est considéré comme un document formant titre. Or, une règle générale sur les documents formant titre veut que ceux-ci représentent en soi les droits que leur détenteur peut exercer. Une question connexe est de savoir quelle méthode utiliser pour transférer des droits en vertu d'un tel connaissement. Ces questions relèvent avant tout de la doctrine et sont source de divergences d'opinion, parfois au sein d'un même pays. En outre, la question de savoir si un document de transport particulier est un document formant titre sort du cadre du projet de convention. Nous recommandons donc de laisser au droit interne le soin de régler la question du transfert de droits en vertu d'un connaissement à personne dénommée. La loi applicable en pareil cas est déterminée à l'article 63 qui, d'après son chapeau, s'applique également aux connaissements à personne dénommée tels qu'ils sont décrits dans les propositions du présent document.

V. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: proposition des États-Unis d'Amérique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.69) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la dix-septième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement des États-Unis a soumis au secrétariat le texte d'une proposition concernant les obligations du chargeur dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], afin que le Groupe de travail l'examine. On retrouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Obligations du chargeur: Chapitre 8 du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

I. Introduction

1. Les États-Unis soumettent les présentes observations en vue de la dix-septième session du Groupe de travail III, prévue en avril 2006, à laquelle le chapitre 8 (Obligations du chargeur) du projet de convention sera examiné. Dans le présent document, les États-Unis se limitent: 1) à répondre à certaines des propositions formulées dans le texte présenté récemment par la délégation suédoise (A/CN.9/WG.III/WP.67); et 2) à exposer la position des États-Unis sur le traitement du retard.

II. Projet d'article 29. Obligation faite au transporteur de fournir des informations et des instructions

2. Les États-Unis souscrivent à la conclusion formulée par le Groupe de travail à Vienne selon laquelle le projet d'article 29 devrait être reformulé de manière à mettre l'accent sur l'obligation réciproque du transporteur et du chargeur de coopérer de bonne foi dans l'échange d'informations liées à leurs obligations respectives en vertu du projet de convention et nécessaires à l'exécution de ces dernières par les parties. Nous n'estimons cependant pas que l'obligation de répondre à des demandes d'informations devrait être étendue aux informations et aux instructions dont la partie qui les demande a déjà connaissance ou auxquelles elle a raisonnablement accès auprès de sources indépendantes.

3. Nous appuyons donc la variante C de la proposition suédoise (par. 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.67) et suggérons de modifier le titre de l'article pour tenir compte du caractère réciproque de l'obligation. L'article serait alors libellé comme suit:

> *Article 29. Obligation faite au chargeur et au transporteur de fournir des informations et des instructions*
>
> *Le transporteur et le chargeur répondent de bonne foi aux demandes raisonnables qu'ils s'adressent, en vue d'obtenir les informations et instructions requises pour la manutention et le transport sûrs des marchandises, lesquelles informations et instructions sont en possession de la partie à laquelle elles sont demandées et ne sont pas raisonnablement accessibles par d'autres moyens à la partie qui les demande.*

III. Projet d'article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents

4. Comme un certain nombre de délégations à la session de Vienne, nous sommes très préoccupés par l'étendue et le caractère général des obligations énoncées à l'alinéa b) du projet d'article 30 (respect des lois). Nous constatons spécifiquement avec une vive inquiétude que la portée de cet alinéa dans la variante A de la proposition suédoise (par. 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.67) est excessivement large, car il n'est pas clair si l'obligation imposée par ce paragraphe englobe les obligations juridiques applicables au chargeur ou au transporteur. En outre, il n'est pas raisonnable d'attendre d'un chargeur qu'il ait connaissance de toutes les lois et exigences applicables au transporteur dans des pays étrangers.

5. Si le Groupe de travail conclut qu'une obligation de respect des lois doit figurer dans le projet de convention, il faut, de l'avis des États-Unis, réduire considérablement la portée de cette obligation. Pour aboutir à une exigence plus réaliste, nous proposons donc de limiter l'obligation du chargeur à la fourniture d'informations concernant les marchandises dont le transporteur a uniquement besoin pour respecter les règles et règlements qui s'appliquent à l'expédition, dans la mesure où le chargeur est tenu par la loi de fournir ces informations ou a été avisé en temps utile des informations requises par le transporteur. Nous estimons, en outre, que le chargeur ne devrait pas être tenu de fournir ces informations si elles sont raisonnablement accessibles au transporteur par un autre moyen. Nous sommes d'avis que la présente proposition définit des paramètres raisonnables pour une obligation qui autrement est par trop large, ambiguë et susceptible d'interprétations multiples.

6. Les États-Unis ont donc une préférence marquée pour la variante B de la proposition suédoise, sous réserve de quelques petites modifications indiquées ci-après:

> *Article 30. Obligation faite au chargeur de fournir des informations, instructions et documents déterminés*
>
> *Le chargeur doit fournir au transporteur en temps utile les informations, instructions et documents concernant les marchandises qui sont raisonnablement nécessaires pour:*
>
> *[...]*
>
> *b) Le respect par le transporteur des règles et règlements des autorités publiques qui s'appliquent à l'expédition si: i) le chargeur est tenu par la loi applicable de fournir ces informations, instructions et documents; ou ii) le transporteur indique en temps utile au chargeur les informations, instructions et documents dont il a besoin. Sauf si la loi applicable l'exige, le chargeur n'est pas obligé, par le présent alinéa, de fournir des informations, instructions et documents auxquels le transporteur a raisonnablement accès par d'autres moyens; et*

IV. Inversion de l'ordre des projets d'articles 29 et 30

7. Selon la délégation suédoise, une solution au problème de la très large portée de la variante A de l'alinéa b) du projet d'article 30 (voir par. 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.67) consisterait à étendre l'obligation faite au transporteur à l'article 29 de fournir les informations permettant au chargeur de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du projet d'article 28 de sorte qu'elle vise aussi les informations permettant au chargeur de s'acquitter de ses obligations en vertu du projet d'article 30 (par. 11 du document A/CN.9/WG.III/WP.67). Il s'agit là d'une nouvelle proposition qui n'a pas encore été examinée. La permutation des articles 29 et 30 a pour effet d'élargir l'étendue des informations à fournir par le transporteur. Nous ne sommes pas favorables à cette modification. Le projet de convention établit un équilibre délicat entre les obligations du chargeur et celles du transporteur et, selon nous, il n'est pas approprié d'imposer à cet endroit une nouvelle obligation au transporteur.

V. Projet d'article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur/retard

8. Les États-Unis expriment leur ferme conviction que les dommages indirects résultant d'un retard devraient être exclus du projet de convention en ce qui concerne tant le chargeur que le transporteur. L'inclusion de la responsabilité du chargeur en cas de retard dans le projet de convention risque d'exposer le chargeur à une responsabilité énorme et illimitée, tandis que la suppression de cet élément serait également justifiée par les problèmes liés à la fixation d'une limite de responsabilité raisonnable et logique qui pourrait être appliquée aux dommages résultant d'un retard du chargeur, ainsi qu'à l'établissement d'un régime de responsabilité qui rende assurables les risques potentiels associés à ce type de dommage. Par souci d'équité et d'équilibre, il faudrait également, dans le projet de convention, exclure la responsabilité pour dommages indirects résultant d'un retard des responsabilités du transporteur envers le chargeur, à moins que les parties à une expédition n'en conviennent expressément autrement. Comme dans le cas du chargeur, un transporteur tenu responsable du retard envers le chargeur en vertu du projet de convention est exposé à des responsabilités considérables. Des transporteurs pourraient se voir adresser des demandes de dommages-intérêts pour des retards qui échappent à leur contrôle (par exemple l'obtention tardive d'un poste d'amarrage due à l'encombrement d'un port, impossibilité de remettre les marchandises à cause de l'encombrement des terminaux, ou livraison retardée par le manque de camionneurs ou d'équipement ferroviaire). En assujettissant les transporteurs à ce type de responsabilité, on ouvre la voie à une augmentation considérable du nombre de réclamations et de litiges en résultant, ce qui n'augmente pas seulement le temps et les dépenses consacrés à la défense contre une réclamation et/ou au règlement de la réclamation mais entraîne aussi une hausse des frais d'assurance qui résulterait sans doute de l'accroissement des risques et de l'incertitude quant à l'importance des réclamations. Les incidences économiques potentielles sur le secteur sont telles que l'incorporation de la responsabilité du transporteur en cas de retard dans le projet de convention risque de dissuader certains d'entre eux, soucieux d'éviter de telles réclamations, de proposer des

services de transport multimodal ou de porte à porte. Nous estimons qu'il serait plus approprié que les questions du retard et des dommages indirects qui en résultent généralement soient traitées au cas par cas par les parties concernées.

9. De l'avis de la délégation des États-Unis, si le Groupe de travail décide de maintenir la responsabilité du transporteur pour ce type de dommages indirects dans le projet de convention, il faut absolument, par souci de juste équilibre, prévoir une responsabilité équivalente pour un chargeur qui causerait un retard au transporteur et l'exposerait ainsi à des préjudices découlant des demandes de dommages-intérêts que lui adresseraient d'autres chargeurs. En outre, étant donné que cette responsabilité du transporteur serait assortie d'un seuil, celle du chargeur devrait également être raisonnablement limitée.

10. La délégation des États-Unis a consacré beaucoup de temps à une tentative de détermination d'une limite acceptable de responsabilité du chargeur en cas de dommages résultant d'un retard et elle a trouvé la tâche extrêmement difficile. Quant aux transporteurs, ils estiment qu'une limite fondée sur le fret payé par le chargeur en tort est indûment basse, tandis que les chargeurs, eux, considèrent les autres limites envisagées comme indûment élevées. Un transporteur devrait être équitablement protégé contre tout préjudice subi du fait des dommages résultant d'un retard occasionné par le chargeur, même si la responsabilité qui en résulte pour un chargeur peut être considérable. Nous avons donc conclu que la seule solution équitable de ce dilemme consiste à supprimer la notion de dommages pour retard du projet de convention pour ce qui est du chargeur et, sauf si une date de livraison des marchandises précise est convenue dans un contrat de transport ou de tonnage, également pour ce qui est du transporteur.

11. Enfin, sur la question de savoir si la responsabilité du chargeur devrait être régie par un régime fondé sur la faute ou par un régime de plein droit, les États-Unis estiment qu'il faudrait soumettre le manquement du chargeur aux obligations qui lui incombent en vertu des projets d'articles 28 et 30 a) à un régime fondé sur la faute et le défaut de fourniture d'informations exactes à un régime de plein droit. Nous ne sommes pas sûrs qu'un chargeur doive être tenu responsable de plein droit de la non-communication des informations visées à l'alinéa b) du projet d'article 30. D'un côté, une norme fondée sur la faute pourrait être appropriée car la responsabilité de plein droit marquerait une différence considérable par rapport au droit maritime existant et il pourrait être injuste de tenir le chargeur responsable de plein droit d'un tel manquement ne résultant pas de sa faute. D'un autre côté, la responsabilité de plein droit pourrait être appropriée en cas de manquement à l'article 30 b) car les transporteurs sont tributaires des informations fournies par le chargeur pour se conformer à des exigences juridiques dont le non-respect pourrait engager leur responsabilité.

12. Les États-Unis invitent donc instamment le Groupe de travail à examiner la proposition suivante concernant le projet d'article 31:

Article 31. Fondement de la responsabilité du chargeur

1. Le chargeur est responsable envers le transporteur, en vertu du contrat de transport, et envers toute partie exécutante maritime de la perte, ou du

dommage causé par les marchandises, et du non-respect des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 et de l'alinéa [des alinéas] a) [et b)] de l'article 30, à condition que cette perte, ou ce dommage, résulte de sa propre faute ou de la faute de l'une des personnes mentionnées à l'article 35.*

2. Nonobstant le paragraphe 1, le chargeur est réputé avoir garanti, au moment de leur réception par le transporteur, que les informations et documents devant être fournis conformément à l'alinéa [aux alinéas] a) [et b)] de l'article 30 sont exacts [et fournis en temps utile]. Il doit indemniser le transporteur de toute perte, ou dommage résultant de l'inexactitude de ces informations et documents [ou du défaut de fourniture en temps utile de ces informations et documents].*

13. Si la responsabilité du chargeur et du transporteur en cas de retard est supprimée, il faudra apporter les modifications logiques suivantes au chapitre 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.56:

1) Supprimer le projet d'article 22 et le remplacer par le texte suivant:

Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai expressément convenu. Si un retard de livraison provoque un préjudice qui ne résulte pas de la perte ou du dommage matériel subi par les marchandises transportées, le transporteur ne peut être tenu responsable de ce préjudice que s'il a expressément convenu d'être responsable d'un tel préjudice résultant du retard.

2) Supprimer l'intégralité des projets d'articles 24-2 et 66-2.

3) Modifier comme suit le projet d'article 65:

Le montant de la réparation en cas de perte physique ou d'endommagement des marchandises résultant d'un retard est subordonné à l'article 64. Le transporteur n'est pas responsable du préjudice indirect économique ou autre résultant d'un retard, sous réserve des dispositions de l'article 22.

4) Toute référence au retard devrait être supprimée dans les dispositions suivantes:

- Projet d'article 17-1 – quatre références au retard à supprimer
- Projet d'article 17-2 – sept références au retard à supprimer
- Projet d'article 17-4 – une référence au retard à supprimer
- Projet d'article 20-1 – une référence au retard à supprimer

---

* Les États-Unis acceptent de supprimer des projets d'articles 31 et 33 la responsabilité du chargeur pour dommages résultant d'un retard sous la réserve expresse que la responsabilité obligatoire du transporteur en cas de dommages indirects résultant d'un retard, prévue à l'article 22 du document A/CN.9/WG.III/WP.56 soit supprimée. Les États-Unis estiment que la seconde responsabilité est directement liée à la première et que si le Groupe de travail décide de ne pas supprimer la responsabilité pour retard du transporteur, il faudrait réintroduire celle du chargeur, à condition de l'assortir d'une limite raisonnable.

- Projet d'article 20-2 – une référence au retard à supprimer
- Projet d'article 21-1 – deux références au retard à supprimer
- Projet d'article 21-3 – deux références au retard à supprimer
- Projet d'article 25-1 – une référence au retard à supprimer
- Projet d'article 26-2 – trois références au retard à supprimer
- Projet d'article 26-4 – une référence au retard à supprimer
- Projet d'article 27-1 – deux références au retard à supprimer
- Projet d'article 64-2 – trois références au retard à supprimer.

14. Enfin, si l'élément retard est entièrement supprimé du projet de convention en ce qui concerne à la fois le chargeur et le transporteur, il faudrait à notre avis insérer dans le chapitre sur les obligations du chargeur un nouvel article précisant que la responsabilité du chargeur en cas de "perte ou de dommage" n'englobe pas le retard. Ce nouvel article est proposé directement ci-après:

Article 36 bis. Retard

Les dommages-intérêts recouvrables par le transporteur auprès du chargeur, en vertu du présent chapitre, en cas de perte ou de dommages, de non-respect d'une obligation établie conformément au présent chapitre, ou en vertu d'une indemnité ou d'une garantie prévue dans le présent chapitre, n'incluent pas les dommages résultant du retard d'un navire ou de la livraison de marchandises chargées sur un navire autres que les dommages matériels dus au retard.

VI. Projet d'article 33. Marchandises dangereuses

15. Les références au retard devraient être supprimées des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 33, sous la même réserve que celle formulée dans la note concernant le projet d'article 31.

16. Selon nous, le paragraphe 4 du projet d'article 33 de la proposition suédoise (voir par. 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.67), qui est une nouvelle proposition et n'a pas encore été examinée, devrait être supprimé au motif qu'il élargirait inutilement l'étendue des obligations du transporteur. Il semble par ailleurs que cette question soit traitée de manière adéquate dans la proposition de projet d'article 29 figurant au paragraphe 3 ci-dessus.

W. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: propositions de la délégation italienne, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

(A/CN.9/WG.III/WP.70) [Original: anglais]

Note du secrétariat

En vue de la dix-septième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement italien a soumis au secrétariat le texte de propositions sur les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport, ainsi que le champ d'application, la liberté contractuelle et les dispositions connexes du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], pour examen par le Groupe de travail. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte des propositions tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

Annexe

Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport

1. La délégation italienne a examiné attentivement le document A/CN.9/WG.III/WP.62 présenté pour information par la délégation des États-Unis d'Amérique et, ayant à l'esprit les discussions qui se sont tenues lors du séminaire informel qu'elle a organisé à Londres les 23 et 24 janvier 2006 concernant notamment les projets d'articles 37[1] et 40-3[2], formule les propositions suivantes.

Article 37. Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport

2. Bien que l'article 23 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) de 1993 exige que les connaissements indiquent le nom du transporteur, il est estimé que cette disposition n'est pas facile à interpréter et qu'elle ne protège donc pas suffisamment le vendeur franco bord. Il est par conséquent proposé de modifier le libellé du projet d'article 37 b), tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, comme suit:

> *b) Le chargeur ou, si ce dernier en donne instruction au transporteur,* ***l'expéditeur ou*** *la personne mentionnée à l'article 34 est en droit d'obtenir du transporteur,* ***en échange de la production du document de transport ou du transfert de l'enregistrement électronique concernant le transport****, un*

---

[1] Résumé des débats de la première journée du séminaire informel concernant le projet d'article 37: il a été demandé ce qui se passerait dans les cas où l'expéditeur n'avait pas le droit d'obtenir un document de transport négociable comme le laisse entendre le présent projet, mais qu'il avait besoin de ce type de document pour un crédit documentaire. En outre, il a été demandé si l'introduction de deux obligations différentes d'émettre des documents entraînerait un risque de conflit entre ces documents. En réponse, il a été indiqué que l'on visait ici avant tout le cas où l'expéditeur et le chargeur sont en conflit. Le projet d'article protège le transporteur car il donne instruction à ce dernier de se fier au contrat avec le chargeur en cas de conflit. La délivrance du document à un chargeur documentaire, si celle-ci se fait conformément au projet d'article 37, supprime toute responsabilité vis-à-vis du chargeur.

[2] Résumé des débats de la première journée du séminaire informel concernant le projet d'article 40-3: trois propositions ont été avancées. La première est que le demandeur ne bénéficie d'aucune protection et que le projet d'article soit supprimé. La deuxième serait de maintenir le projet d'article sous son libellé actuel. Enfin, la troisième proposition, qui a été généralement appuyée par les participants au séminaire, est de rechercher une solution intermédiaire susceptible d'être approuvée par l'ensemble du Groupe de travail. Les solutions intermédiaires suivantes ont été proposées:

- Rendre le cocontractant direct responsable, par exemple le mandataire qui signe le contrat.
- Présumer que le nom figurant sur le document de transport est celui du transporteur. Le temps utilisé pour réfuter cette présomption devrait suspendre la prescription.
- Suspendre la prescription si le demandeur intente un procès à la mauvaise personne et ne sait pas qui est le bon défendeur.
- Déchoir le transporteur du droit de limiter sa responsabilité.

Les participants ont été invités à examiner d'autres moyens possibles de résoudre ce problème afin de les présenter au Groupe de travail.

document de transport négociable ou, sous réserve de l'article 5 a), un enregistrement électronique négociable concernant le transport, approprié sauf si le chargeur et le transporteur sont convenus, expressément ou tacitement, de ne pas utiliser de document de transport négociable ou d'enregistrement électronique négociable concernant le transport, ou si la coutume, l'usage ou la pratique du commerce est de ne pas en utiliser.

Article 40-3. Carence des données du contrat

3. Il est proposé de supprimer les crochets qui entourent cette disposition et de modifier le texte, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, comme suit:

3. Si les données du contrat ~~n'identifient~~ ***n'indiquent*** *pas* ***le nom et l'adresse*** *~~le~~* ***du*** *transporteur, mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut réfuter cette présomption s'il ~~prouve que le navire était l'objet, au moment du transport, d'un affrètement coque nue qui transfère la responsabilité contractuelle du transport des marchandises à un affréteur coque nue identifié. [Si le propriétaire inscrit réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu du présent article, l'affréteur coque nue au moment du transport est présumé être le transporteur de la même manière que le propriétaire inscrit était présumé être le transporteur.]~~* ***identifie le transporteur qui a émis le document de transport dans lequel son nom et son adresse auraient dû être indiqués. Le délai mentionné à l'article 69 ne commence pas à courir à compter de la date à laquelle une procédure judiciaire [ou arbitrale] est introduite contre le propriétaire inscrit jusqu'à l'expiration d'un délai de 90 jours à compter de la date à laquelle le propriétaire inscrit a identifié le transporteur.***

4. Il est en outre estimé que la personne identifiée par le propriétaire comme étant le transporteur doit avoir un lien, même indirect, avec le document de transport.

5. L'objection selon laquelle il se peut que le propriétaire inscrit ne soit pas le transporteur voire soit une institution financière ne semble pas très valable car, dans ce cas, il peut obtenir des garanties appropriées de l'exploitant. On notera qu'il existe des situations où le propriétaire inscrit est responsable qu'il soit ou non l'exploitant du navire. Il en va ainsi dans le Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

Champ d'application, liberté contractuelle et dispositions connexes

6. La délégation italienne appuie la proposition de la Finlande qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, mais propose au Groupe de travail, pour examen, une éventuelle simplification des projets d'articles 9 et 10, qui seraient libellés comme suit:

Article 9. Exclusions particulières

Sous réserve de l'article 10, la présente Convention ne s'applique pas:

a) aux contrats de transport régulier suivants:

i) [contrats constatés par des] chartes-parties, et

ii) contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire, qu'ils soient ou non [constatés par] des chartes-parties;

b) aux contrats de transport non régulier, sauf lorsque le contrat de transport est constaté uniquement par un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui atteste également la réception des marchandises.

Article 10. Limites des exclusions particulières

La présente Convention s'applique dans les relations entre le transporteur et toute partie autre que le chargeur aux contrats de transport exclus par l'article 9.

Note: Le présent texte ne couvre provisoirement que le cas où l'émission d'un document n'est pas exigée.

V. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

(A/CN.9/604) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-6

II. Sujets pouvant être traités dans un document de référence général sur le commerce électronique 7-62

A. Authentification et reconnaissance internationale des signatures électroniques . . 7-17

1. Questions 7-13

2. Justification et approche proposée 14-17

B. Responsabilité et normes de conduite pour les fournisseurs d'accès à Internet . . 18-24

1. Questions 18-21

2. Justification et approche proposée 22-24

C. Facturation électronique et questions juridiques liées aux chaînes logistiques dans le commerce électronique 25-31

1. Questions 25-28

2. Justification et approche proposée 29-31

D. Transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits par des communications électroniques 32-41

1. Questions 32-38

2. Justification et approche proposée 39-41

E. Concurrence déloyale et pratiques commerciales trompeuses dans le commerce électronique 42-46

1. Questions 42-43

2. Justification et approche proposée 44-46

F. Vie privée et protection des données dans le commerce électronique 47-52

1. Questions 47-49

2. Justification et approche proposée 50-52

G. Autres éléments d'un cadre juridique solide pour le commerce électronique 53-62

1. Protection des droits de propriété intellectuelle 53-57

2. Protection des consommateurs dans le commerce électronique 58-60

3. Communications électroniques non sollicitées (spams) 61

4. Cybercriminalité 62

III. Nature proposée des travaux futurs 63-65

I. Introduction

1. À sa trente-huitième session, la Commission a examiné la possibilité d'entreprendre dans l'avenir des travaux sur le commerce électronique à la lumière d'une note que lui avait présentée le secrétariat conformément au mandat qu'elle lui avait donné de coordonner les efforts déployés au niveau international pour harmoniser le droit commercial international[1]. Cette note résumait les travaux entrepris par d'autres organisations dans divers domaines liés au commerce électronique (A/CN.9/579). Il a été indiqué que l'éventail de questions actuellement traitées par différentes organisations mettait en évidence les divers éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique.

2. Il a été indiqué à cette occasion que les lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique[2] et sur les signatures électroniques[3], ainsi que la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[4], que la Commission avait approuvée durant cette même session, offraient aux États une base solide pour faciliter le commerce électronique, mais n'abordaient qu'un nombre limité de questions. Le secrétariat a noté que d'autres éléments encore étaient nécessaires pour renforcer la confiance dans le commerce électronique, notamment des règles appropriées sur la protection des consommateurs et de la vie privée, la reconnaissance internationale des signatures électroniques et des méthodes d'authentification, les mesures de lutte contre la criminalité informatique et la cybercriminalité, la sécurité et l'infrastructure critique des réseaux pour le commerce électronique, ainsi que la protection des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du commerce électronique. Il a aussi noté qu'il n'existait pas le moindre guide international que les législateurs et les responsables politiques du monde entier puissent consulter pour y trouver des conseils sur ces divers aspects. On pouvait considérablement faciliter leur tâche, en particulier dans les pays en développement, en élaborant un document de référence général de cette nature[5].

3. La Commission s'est félicitée des informations fournies dans la note du secrétariat et a confirmé l'utilité de ce type de présentation intersectorielle d'activités, à la fois pour ses propres efforts de coordination et pour répondre aux besoins d'information des États membres. De l'avis général, il serait utile que le

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 213 à 215.

[2] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I. La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F. 99.V.4).

[3] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8).

[4] Pour le texte de la Convention, voir l'annexe de la résolution 60/21 de l'Assemblée générale, datée du 23 novembre 2005.

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 213.

secrétariat réalise, en coopération et en consultation avec les autres organisations internationales intéressées, une étude plus détaillée que la Commission examinerait à sa trente-neuvième session, en 2006. Cette étude, qui comprendrait des propositions sur la forme et sur la nature du document de référence envisagé, serait utile pour permettre à celle-ci d'examiner les domaines dans lesquels elle pourrait entreprendre des travaux législatifs dans l'avenir et ceux dans lesquels les législateurs et les responsables politiques pourraient tirer parti d'informations précises ne devant pas nécessairement prendre la forme d'orientations législatives concrètes. Il a été convenu que, lorsqu'elle examinerait la question, la Commission devrait tenir compte de la nécessité d'assurer une coordination et une concertation adéquates avec d'autres organisations et d'éviter la répétition ou le chevauchement d'activités[6].

4. S'agissant du contenu de l'étude détaillée, on a proposé que celle-ci aborde les domaines suivants: le transfert de droits sur des biens meubles corporels ou d'autres droits au moyen de communications électroniques, les droits de propriété intellectuelle, la sécurité de l'information, la reconnaissance internationale des signatures électroniques, la facturation électronique et la résolution des litiges en ligne. L'attention de la Commission a également été attirée sur les recommandations de travaux futurs qui avaient été faites par le Groupe de travail (voir A/CN.9/571, par. 12). Il a été convenu que ces recommandations devraient également être examinées dans le contexte de l'étude détaillée devant être réalisée par le secrétariat, dans la mesure où certaines d'entre elles n'étaient pas prises en compte dans les notes explicatives accompagnant la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, que le secrétariat a préparées à la demande de la Commission (voir A/CN.9/608 et Add.1 à 4), ni dans les activités d'information séparées menées par le secrétariat, telles que le suivi de l'application des lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques et la compilation des décisions de justice concernant les sujets abordés dans ces lois types[7].

5. La présente note est soumise à la demande de la Commission. Elle expose les questions qu'il est proposé d'envisager d'inclure dans un document de référence général. Elle explique le lien entre ces diverses questions et le domaine d'activité de la Commission et propose différentes manières possibles de les aborder.

6. Elle doit être lue conjointement avec la note A/CN.9/579 sur les travaux actuels d'autres organisations internationales dans le domaine du commerce électronique, présentée à la Commission à sa trente-huitième session, et avec les paragraphes 15 à 34 de la note A/CN.9/598, dont est saisie la Commission à sa session en cours et qui comprend des informations actualisées sur le même thème. Pour éviter les répétitions, et conformément aux directives de l'Assemblée générale relatives à la limitation de la documentation, elle omet les références déjà contenues dans ces deux notes.

---

[6] Ibid., par. 214.
[7] Ibid., par. 215.

II. Sujets pouvant être traités dans un document de référence général sur le commerce électronique

A. Authentification et reconnaissance internationale des signatures électroniques

1. Questions

7. Dans un environnement électronique, l'original d'un message ne se distingue pas d'une copie, ne comporte aucune signature manuscrite et ne figure pas sur papier, ce qui peut laisser craindre d'éventuelles utilisations abusives et fraudes du fait de la facilité qu'il y a à intercepter et modifier l'information sous forme électronique sans être détecté, ainsi que de la rapidité avec laquelle on peut traiter de multiples opérations. La finalité des diverses techniques actuellement disponibles sur le marché ou en cours d'élaboration est d'offrir les moyens techniques grâce auxquels tout ou partie des fonctions perçues comme caractéristiques d'une signature manuscrite peuvent être remplies dans un contexte électronique. On peut regrouper ces techniques sous le terme générique de "signatures électroniques".

8. Une de ces techniques repose sur l'utilisation de paires de "clefs" (grands nombres produits à l'aide d'une série de formules mathématiques) mathématiquement liées entre elles pour générer une signature électronique (appelée "signature numérique") et pour vérifier qu'elle émane bien du signataire présumé. L'une des clefs (la "clef privée", tenue secrète par le signataire) est utilisée pour créer une signature numérique ou pour transformer des données sous une forme apparemment inintelligible, tandis que l'autre (la "clef publique" communiquée au destinataire) est utilisée pour vérifier la signature numérique ou restituer le message dans sa forme initiale. Cela étant, comme une paire de clef publique-clef privée n'est pas intrinsèquement associée à une personne particulière, le destinataire a besoin d'une garantie supplémentaire quant à l'utilité de la clef publique pour identifier le signataire. Une solution consiste à recourir à un ou plusieurs tiers pour associer un signataire identifié ou son nom avec une clef publique donnée. Ces tiers sont généralement désignés par le terme "prestataires de services de certification" et, dans plusieurs pays, leurs fonctions sont organisées hiérarchiquement en ce que l'on appelle communément une "infrastructure à clef publique" (ICP). D'autres solutions existent néanmoins, par exemple les certificats émis par les parties se fiant aux signatures.

9. En pratique, les prestataires de services de certification émettent des certificats avec divers niveaux de fiabilité, en fonction de l'usage auquel ils sont destinés par leurs clients. Suivant leur niveau de fiabilité, les certificats et les signatures électroniques peuvent avoir des conséquences juridiques différentes, que ce soit dans le pays ou à l'étranger. Par exemple, dans certains pays, même les certificats que l'on appelle parfois certificats "de faible valeur" ou "de bas niveau" pourraient, dans certaines circonstances (par exemple, lorsque les parties sont convenues, par convention, de recourir à de tels instruments) produire des effets juridiques.

10. Des questions juridiques peuvent se poser concernant la certification croisée ou la constitution d'une chaîne de certificats lorsque plusieurs politiques de sécurité entrent en jeu, par exemple celle de savoir par la faute de qui un préjudice a été causé et aux indications de qui l'utilisateur s'est fié. Ces questions sont souvent

réglées au niveau contractuel, par les déclarations de pratiques de certification et les conditions contractuelles générales des prestataires de services de certification. En vue de promouvoir le développement d'un secteur qui en est encore à ses débuts, et de le protéger contre le risque potentiel de devoir faire face à des demandes en réparation de dommages indirects, certains pays admettent une limitation ou une exclusion de la responsabilité, lorsque les niveaux de sécurité et les politiques sont connus des utilisateurs et qu'il n'y a pas de négligence de la part des autorités de certification. La mesure dans laquelle les prestataires de services de certification sont autorisés à décliner leur responsabilité pour un dommage causé par une défaillance technique, ou à limiter leur responsabilité dans ce cas, peut néanmoins varier d'un pays à l'autre.

11. Parallèlement aux "signatures numériques" fondées sur la cryptographie à clef publique, il existe divers autres dispositifs, englobés eux aussi dans la notion plus large de "signature électronique", qui peuvent être actuellement utilisés ou dont on envisage l'utilisation dans l'avenir, en vue de remplir une ou plusieurs des fonctions susmentionnées des signatures manuscrites. Par exemple, certaines techniques reposent sur l'authentification par un dispositif biométrique à partir de signatures manuscrites. Dans ce dispositif, le signataire apposerait sa signature manuscrite à l'aide d'un stylo spécial, soit sur un écran d'ordinateur, soit sur une tablette graphique. La signature manuscrite serait alors analysée par ordinateur et mise en mémoire sous forme d'un ensemble de valeurs numériques, qui pourrait être attaché à un message de données et affiché par la partie se fiant à la signature aux fins d'authentification. Ce système d'authentification présupposerait que des échantillons de la signature manuscrite aient été préalablement analysés et mis en mémoire par le dispositif biométrique. D'autres techniques reposent sur l'utilisation de codes secrets (codes PIN), de versions numérisées de signatures manuscrites et d'autres méthodes, comme celle qui consiste à cliquer sur une case "valider".

12. L'article 12 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques encourage les États à promouvoir la reconnaissance internationale des signatures électroniques. Son paragraphe 1 énonce le principe fondamental selon lequel pour déterminer si, et dans quelle mesure, un certificat ou une signature électronique est susceptible de produire légalement ses effets, il ne devrait pas être tenu compte du lieu dans lequel le certificat ou la signature a été créé, mais de sa fiabilité technique. Son paragraphe 2 énonce le critère général de reconnaissance internationale des certificats sans laquelle les prestataires de services de certification seraient contraints d'obtenir des licences dans plusieurs pays à la fois, ce qui serait inconcevable. Pour déterminer si les certificats étrangers sont fonctionnellement équivalents, on mesure leur fiabilité par rapport aux critères de fiabilité définis par l'État adoptant conformément à la Loi type, quelle que soit la nature du système de certification utilisé dans le pays d'où provient le certificat ou la signature.

13. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 12 de la Loi type portent exclusivement sur le critère de fiabilité internationale à appliquer pour apprécier la fiabilité d'un certificat ou d'une signature électronique étrangère. Lors de l'élaboration de la Loi type, il a toutefois été tenu compte du fait que les États adoptants souhaiteraient peut-être ne pas imposer de critère de fiabilité pour certaines signatures ou certains certificats, lorsqu'ils estimaient que la législation de l'État d'origine de la signature ou du certificat fournissait un niveau de fiabilité adéquat. La Loi type ne propose pas de technique juridique particulière (déclaration unilatérale ou traité, par

exemple) de reconnaissance préalable par un État adoptant de la fiabilité des certificats et des signatures conformes à la législation d'un autre pays.

2. Justification et approche proposée

14. L'absence de normes communes pour la reconnaissance internationale des signatures électroniques et d'autres méthodes d'authentification est considérée comme un obstacle important aux transactions commerciales internationales. Deux principaux problèmes se posent dans ce contexte. D'une part, les mesures et systèmes technologiques utilisés pour les signatures électroniques, en particulier les signatures numériques, sont actuellement beaucoup trop variés pour que l'on puisse élaborer des normes internationales uniformes. D'autre part, la crainte de fraudes et de manipulations dans les communications électroniques a conduit certains pays à établir des règles plutôt strictes, qui ont probablement eu pour effet de décourager l'utilisation des signatures électroniques, en particulier des signatures numériques.

15. Une large adhésion à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, adoptée récemment, dont l'article 9 prévoit l'équivalence fonctionnelle entre les signatures électroniques et les signatures traditionnelles, pourrait grandement faciliter l'utilisation internationale des signatures électroniques. Cela dit, la légalisation des documents électroniques et des signatures électroniques sur des documents publics ou autres documents officiels est un domaine dans lequel les pays pourraient être enclins à conserver des normes nationales susceptibles d'empêcher ou d'interdire la reconnaissance des signatures électroniques étrangères.

16. Les questions évoquées ci-dessus sont examinées par plusieurs organisations internationales, dont l'OCDE (voir A/CN.9/579, par. 43 à 46; A/CN.9/598, par. 27 et 28), l'Union européenne (A/CN.9/579, par. 34; A/CN.9/598, par. 21), l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (A/CN/.9/579, par. 22 à 26; A/CN.9/598, par. 17) et le secrétariat du Commonwealth (A/CN.9/598, par. 20), mais pas sous tous leurs aspects ni nécessairement du même point de vue. Cette diversité de sources et d'approches ne facilite pas la tâche des législateurs et des responsables politiques qui souhaitent établir un cadre juridique solide pour garantir l'interopérabilité et l'utilisation internationale des signatures électroniques.

17. La Commission pourrait considérer qu'il serait utile d'inclure les questions de l'authentification et de la reconnaissance internationale des signatures électroniques dans un document de référence général.

B. Responsabilité et normes de conduite pour les fournisseurs d'accès à Internet

1. Questions

18. Les fournisseurs d'accès jouent un rôle essentiel dans le fonctionnement d'Internet. Ils servent généralement d'intermédiaires qui transmettent ou hébergent des contenus de tiers, mais ne prennent pas part à la décision de diffuser des informations particulières. Leur responsabilité peut découler des théories de la violation directe (direct infringement), de la violation indirecte (indirect infringement) ou de la complicité (contributory infringement) dans le droit de la

responsabilité délictuelle, le droit pénal et le droit de la propriété intellectuelle du pays. Dans la plupart des cas, elle tient au fait que les fournisseurs d'accès participent au processus technique de transmission ou de conservation des informations pour tout type de contenu.

19. La responsabilité des fournisseurs d'accès pour des contenus ou des actes illicites des utilisateurs est liée à la possibilité qu'ils ont d'exercer une surveillance et à l'étendue de cette surveillance. Les possibilités de conservation et de transmission de fichiers de données sur des réseaux de données ont multiplié les occasions de comportements illicites et réduit les chances de détection et de contrôle. C'est pourquoi imposer une responsabilité générale aux fournisseurs d'accès reviendrait à les obliger à surveiller et à filtrer tous les contenus transmis ou conservés (tâche difficile pour eux pour des raisons techniques et économiques, et inacceptable pour d'autres motifs). Aussi, de nombreux pays ont-ils ressenti le besoin de limiter la responsabilité des fournisseurs d'accès.

20. Toutefois, le souci de limiter cette responsabilité doit être mis en balance avec la volonté des ayants droit et des parties lésées d'exercer leurs droits et de faire en sorte que toutes les personnes ayant contribué au dommage soient tenues responsables. Il n'est apparemment pas nécessaire que les approches soient identiques: elles peuvent différer selon la situation et les traditions juridiques dans un pays donné. Elles devraient néanmoins être interopérables si l'on veut que les réseaux mondiaux et le commerce électronique se développent sans problème.

21. D'autres questions juridiques ont trait à l'éventuelle responsabilité des fournisseurs d'accès pour des défaillances intervenant lors de la transmission de messages (retard de livraison ou perte d'information), ou pour une défaillance des systèmes de conservation des données (perte de données conservées ou accès non autorisé par des tiers). Elles sont normalement réglées par voie contractuelle, dans les conditions générales des fournisseurs d'accès. La mesure dans laquelle ces derniers sont autorisés à décliner toute responsabilité pour un dommage causé par une défaillance technique ou à limiter leur responsabilité dans ce cas peut cependant varier d'un pays à l'autre.

2. Justification et approche proposée

22. Les questions évoquées ci-dessus peuvent influer sur le commerce électronique national et international de nombreuses manières. L'absence de règles, de principes directeurs ou de codes volontaires de conduite appropriés, voire le sentiment que la protection juridique est insuffisante, sapent la confiance dans le commerce électronique et constituent un obstacle à son développement. L'existence de normes contradictoires d'un pays à l'autre peut aussi avoir des répercussions sur l'offre de biens et de services car les entreprises qui exercent leurs activités dans un cadre moins développé ou excessivement tolérant peuvent bénéficier d'un avantage compétitif déloyal par rapport à celles tenues de respecter des exigences plus strictes. Dans certains cas, les entreprises désireuses d'échapper à la responsabilité qui pourrait naître dans des régimes plus stricts préféreront probablement opérer dans un cadre juridique plus laxiste. Il faut peut-être mettre en regard le souci d'attirer les investissements de ces entreprises et le risque que le pays hôte soit perçu comme un refuge pour des pratiques commerciales déloyales, ce qui pourrait nuire à la réputation de tout un secteur d'activité.

23. Les questions évoquées ci-dessus sont examinées par plusieurs organisations internationales, dont l'UIT (A/CN.9/579, par. 13 à 15; A/CN.9/598, par. 24 à 26), l'OCDE (voir A/CN.9/579, par. 43 à 51), l'Union européenne (A/CN.9/579, par. 32 à 36), l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (A/CN.9/579, par. 22 à 26; A/CN.9/598, par. 15 à 17), le secrétariat du Commonwealth (A/CN.9/579, par. 27; A/CN.9/598, par. 18 à 20) et la Chambre de commerce internationale (CCI) (A/CN.9/579, par. 53 à 56), mais pas sous tous leurs aspects ni nécessairement du même point de vue. Cette diversité de sources et d'approches ne facilite pas la tâche des législateurs et des responsables politiques qui souhaitent établir un cadre juridique solide pour la fourniture d'accès à Internet.

24. La Commission pourrait considérer qu'il serait utile d'inclure les questions de la responsabilité et des normes de conduite pour les fournisseurs d'accès dans un document de référence général.

C. Facturation électronique et questions juridiques liées aux chaînes logistiques dans le commerce électronique

1. Questions

25. Il est aujourd'hui généralement admis que le remplacement des documents papier concernant le commerce et les transports par des communications électroniques peut générer des économies et des gains d'efficacité importants dans le commerce international. Les équivalents électroniques des factures papier jouent un rôle clef dans ce processus. Si les factures reçues par un acheteur peuvent être traitées par voie électronique, des gains d'efficacité seront réalisés dans la gestion des fonds de roulement. Cela vaut particulièrement pour les activités géographiquement dispersées, dans lesquelles le simple acheminement de documents papier d'un lieu à l'autre peut demander du temps, mais cela est souvent vrai aussi pour les entreprises établies dans un seul et même lieu. Par exemple, il se peut que l'acheteur et le fournisseur trouvent tous deux leur compte si le premier peut bénéficier de remises en cas de paiement rapide, chose beaucoup plus probable lorsque le cycle de présentation et de règlement des factures est réduit de plusieurs semaines, pour s'effectuer éventuellement en un seul jour ou en "temps réel".

26. Toutefois, les économies et gains d'efficacité qui résultent de la facturation électronique dépendent dans une certaine mesure de l'uniformité. Depuis le milieu des années 1990, beaucoup de fournisseurs ont créé chacun leur propre système, permettant à leurs clients de consulter leurs factures en ligne; il y a uniformité pour le fournisseur, mais pas pour l'acheteur. Un acheteur sera peut-être prêt à investir les ressources nécessaires pour se conformer au système de facturation électronique d'un fournisseur important, mais il frémira probablement à l'idée d'utiliser plusieurs systèmes incompatibles de différents fournisseurs et pourrait résister même à des prix incitatifs, cessant ainsi d'être le client sélectif de multiples fournisseurs pour devenir l'otage d'un seul.

27. Il est possible d'apporter plus d'uniformité aux acheteurs en faisant appel à une société (souvent une banque ou un membre d'un groupe de sociétés) qui joue un rôle de "consolidateur" pour plusieurs fournisseurs, même si en général l'accent n'est pas mis sur cet avantage, mais plutôt sur les avantages habituels de l'externalisation, à savoir économies, apport de capital réduit ou amélioration de

l'efficacité pour les fournisseurs. Certains groupes de sociétés sont en mesure de regrouper les factures de leurs filiales, éventuellement en plusieurs monnaies en utilisant la compensation globale (netting), et de fournir ensuite à chaque acheteur une facture unique dans une monnaie unique, ce qui réduit encore radicalement les besoins en fonds de roulement. En outre, les banques qui octroient un financement sur factures sont en mesure de le faire de façon plus efficace car l'uniformité est renforcée. Il est clair que l'application à grande échelle de systèmes uniformes entraînerait de gros gains d'efficacité pour les fournisseurs, les acheteurs et les banques, mais il se peut que le marché soit moins fermement favorable à l'uniformité que des obstacles, tels que les frontières nationales et la réglementation interne, n'y sont défavorables.

28. L'intervention des pouvoirs publics dans le domaine des normes de facturation électronique est susceptible de faire avancer certains aspects connexes de la législation du commerce électronique, notamment la conservation des documents et les signatures électroniques: si les factures reconnues à des fins fiscales sont électroniques, alors la question de la conservation des documents électroniques doit être traitée, et si ces factures doivent être signées ou visées par le fournisseur, alors la question des signatures électroniques ou d'autres formes d'authentification électronique doit l'être aussi. Les États ont fixé des conditions très différentes qui ont rendu difficile l'adoption, par les entreprises, y compris du même secteur, d'approches uniformes de la facturation électronique susceptibles de réduire substantiellement les coûts. En particulier, ces conditions permettent aux administrations fiscales nationales de rejeter les factures électroniques et posent des problèmes de reconnaissance internationale des signatures électroniques, dans la mesure où celles-ci sont exigées pour la validité d'une facture électronique. Ainsi, plusieurs pays ayant adopté une législation permettant la facturation électronique ont soit expressément exigé que les factures électroniques soient signées électroniquement – en allant parfois jusqu'à prescrire le type de signature à utiliser – soit indirectement exigé l'utilisation d'une méthode d'authentification en soumettant les factures électroniques à un niveau de contrôle minimum de l'authenticité et de l'intégrité des données contenues sur la facture.

2. Justification et approche proposée

29. L'introduction des factures électroniques et d'aspects connexes des chaînes logistiques électroniques soulève un certain nombre de problèmes techniques et de gestion commerciale. D'un point de vue juridique, cependant, il semble que deux types de questions puissent se poser principalement: a) comment garantir l'authenticité et l'intégrité de la facture électronique; et b) comment satisfaire aux exigences de conservation des documents. Ces questions ne sont pas nouvelles pour la CNUDCI, car elles ont été traitées dans les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique relatives aux signatures électroniques et équivalents électroniques des documents "originaux" et à la conservation des documents électroniques (articles 8 et 10, respectivement). Les conditions de l'équivalence fonctionnelle entre les documents électroniques et les documents "originaux" sur support papier ont été énoncées plus récemment aux paragraphes 4 et 5 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Toutefois, une solution satisfaisante à ces questions, dans un contexte international, exigerait

notamment un système opérationnel de reconnaissance internationale des méthodes d'authentification électronique.

30. Plusieurs organisations travaillent à l'élaboration de normes pour la facturation électronique et le développement des chaînes logistiques électroniques ou d'autres aspects connexes, en particulier la Commission économique pour l'Europe (CEE) de l'ONU (A/CN.9/598, par. 31 et 32); l'Organisation mondiale des douanes (OMD) (A/CN.9/579, par. 52) et l'Union européenne (A/CN.9/579, par. 38). Malgré ces efforts, il semble que les obstacles juridiques à l'introduction des chaînes logistiques sans papier au niveau international persisteront tant que les principes fondamentaux de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique n'auront pas été appliqués universellement.

31. La Commission pourrait considérer qu'il serait utile d'inclure les questions de la facturation électronique et des chaînes logistiques électroniques dans son examen des questions juridiques liées à l'authentification et à la reconnaissance internationale des signatures électroniques dans un document de référence général.

D. Transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits par des communications électroniques

1. Questions

32. La mise en place d'équivalents électroniques des méthodes traditionnelles – principalement sur papier – de transfert ou de création de droits sur des biens meubles corporels ou d'autres droits peut se heurter à d'importants obstacles lorsque la législation exige la remise matérielle des biens ou des documents papier pour qu'il y ait transfert de la propriété ou opposabilité des sûretés sur ces biens ou sur les droits représentés par les documents. Le problème particulier que présente le commerce électronique est de savoir comment offrir une garantie d'unicité (ou de singularité) équivalente à la possession d'un document formant titre ou d'un instrument négociable. Des techniques telles que celles qui combinent l'horodatage et d'autres procédés de sécurité ont presque fourni une solution technique au problème de la singularité. Mais en attendant qu'une solution entièrement satisfaisante soit trouvée, les équivalents électroniques de la négociabilité fondée sur le papier devront peut-être reposer sur des systèmes "de registre central", dans lesquels une entité centrale gérerait le transfert de la propriété d'une partie à une autre.

33. Les problèmes juridiques qui résultent de l'existence d'exigences d'un écrit et d'une signature et de la force probante des communications électroniques ont déjà été réglés dans les articles 5 et 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Les questions ayant trait à la formation des contrats dans un environnement électronique sont réglées dans les articles 11 à 15 de ladite Loi et celles qui concernent l'utilisation de moyens électroniques d'identification pour satisfaire aux exigences de signature ont été traitées dans son article 7 ainsi que dans le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Plus récemment, les exigences d'un "écrit", d'une "signature" et d'un "original" ont été traitées dans l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

34. La difficulté à établir l'équivalence fonctionnelle entre la méthode de transfert ou de création dans un environnement papier et ses analogues électroniques semble plus importante. Lorsque la loi exige la remise matérielle des biens pour qu'il y ait transfert de propriété ou opposabilité des sûretés sur ces biens, un simple échange de messages électroniques entre les parties ne serait pas suffisant pour que ce transfert ou cette opposabilité soient effectifs, même si l'intention des parties de transférer la propriété ou de rendre les sûretés opposables était évidente. En conséquence, même dans les pays où la loi reconnaît la valeur et l'efficacité juridiques des messages ou des documents électroniques, ceux-ci ne peuvent suffire en eux-mêmes à transférer effectivement la propriété ou rendre une sûreté opposable sans une modification de la loi régissant le transfert de propriété ou l'opposabilité des sûretés.

35. Les perspectives de développement des équivalents électroniques des actes de transfert ou d'opposabilité pourraient être meilleures dans les pays qui, dans leur législation, ont éliminé, en partie tout au moins, l'obligation stricte de remise matérielle, par exemple en attribuant à certains actes symboliques le même effet que la remise matérielle de certains biens. Il en va ainsi par exemple lorsque la loi attribue au bénéficiaire du transfert ou au créancier garanti la possession virtuelle des biens transférés ou grevés en vertu d'un acte des parties qui donne au bénéficiaire les moyens de revendiquer le contrôle des biens. On peut concevoir que la loi attribue le même effet à l'inscription de la convention de transfert dans un registre administré par un tiers de confiance ou à une acceptation envoyée par la partie en possession matérielle des biens et indiquant que ceux-ci sont détenus à l'ordre du bénéficiaire du transfert ou du créancier garanti.

36. Comme indiqué dans des études antérieures du secrétariat[8], ce n'est pas parce que l'on résout les problèmes de l'écrit et de la signature dans un contexte électronique que l'on résout du même coup la question de la négociabilité, dont on a dit qu'elle constituait "peut-être l'aspect le plus difficile" de l'échange de données informatisées (EDI) dans les pratiques commerciales internationales[9]. Les droits sur des biens représentés par des documents formant titre dépendent normalement de la possession matérielle d'un document papier original (connaissement, récépissé d'entrepôt ou autre document analogue). Selon les analyses du fondement juridique de la négociabilité des documents formant titre, "les parties commerciales n'ont généralement à leur disposition aucun moyen légal de transférer valablement des droits par un échange de messages électroniques de la même manière qu'elles peuvent le faire avec des documents sur papier"[10]. Cette conclusion vaut aussi, pour l'essentiel, pour les droits représentés par des instruments négociables. En outre, "le régime juridique des instruments négociables ... est par essence fondé sur la technique d'un *document papier original tangible*, pouvant être immédiatement

---

[8] A/CN.9/WG.IV/WP.69 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (Annuaire de la CNUDCI), vol. XXVII: 1996 (numéro de vente: F.98.V.7), deuxième partie, chap. II, sect. B), par. 55; A/CN.9/WG.IV/WP.90 (Annuaire de la CNUDCI, vol. XXXII: 2001 (numéro de vente: F.04.V.4), deuxième partie, chap. II, sect. F), par. 35.

[9] Voir Jeffrey B. Ritter et Judith Y. Gliniecki, "International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms", Harvard Journal of Law and Technology, vol. 6 (1993), p. 279.

[10] Ibid.

vérifié visuellement. En l'état actuel de la législation, la négociabilité ne peut être séparée de la possession matérielle du document original sur papier"[11].

37. On a donc dit que l'un des défis à relever pour développer le droit afin d'y intégrer les documents formant titre transmis électroniquement "est de créer ces derniers de manière à ce que les porteurs qui invoquent un transfert régulier aient l'assurance qu'il existe bien un document formant titre, que celui-ci ne présente à première vue aucun défaut, que la signature, ou un substitut quelconque, est authentique, que le document est négociable et qu'il existe un moyen de prendre contrôle du document électronique équivalent en droit à sa possession matérielle"[12].

38. Pour avoir des équivalents électroniques des documents formant titre et des instruments négociables, il faudrait donc mettre au point des systèmes grâce auxquels les transactions pourraient être effectivement réalisées à l'aide de moyens électroniques de communication. On pourrait à cette fin concevoir un système de registre, dans lequel les transactions seraient enregistrées et gérées par l'intermédiaire d'une autorité centrale, ou par un procédé technique qui assurerait l'unicité du message de données envoyé. Dans le cas de transactions pour lesquelles seraient utilisés des documents transférables ou quasi négociables pour transférer des droits devant être exclusifs, il faudrait que le système de registre ou le procédé technique offre une garantie raisonnable quant à l'unicité et à l'authenticité des données transmises.

2. Justification et approche proposée

39. La création d'équivalents électroniques des systèmes d'enregistrement sur papier soulève un certain nombre de problèmes particuliers, à savoir le respect des conditions légales en matière de conservation des documents, l'adéquation des méthodes de certification et d'authentification, la nécessité éventuelle d'une habilitation législative spécifique pour la gestion des systèmes d'enregistrement électronique, l'attribution des responsabilités en cas de messages erronés, d'interruption des communications ou de défaillances du système, l'incorporation des conditions générales et la protection de la vie privée. La plupart de ces problèmes sont, dans une certaine mesure, semblables à ceux examinés ci-dessus en rapport avec l'authentification et la reconnaissance internationale des signatures électroniques (voir par. 7 à 13) ou la responsabilité et les normes de conduite des fournisseurs d'accès (voir par. 18 à 21).

40. L'Organisation des États américains (OEA) a pris, ces dernières années, plusieurs initiatives relatives au transfert de droits sur des biens meubles corporels qui prennent en compte l'utilisation éventuelle des communications électroniques. En 2002, elle a adopté le Connaissement uniforme direct négociable interaméricain concernant le transport international de marchandises par route[13] à sa sixième

---

[11] Voir K. Bernauw, "Current developments concerning the formal of bills of lading – Belgium", Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems, A. N. Yannopoulos, éditeur (La Haye, Kluwer Law International, 1995), p. 114.

[12] Donald B. Pedersen, "Electronic data interchange as documents of title for fungible agricultural commodities", Idaho Law Review, vol. 31 (1995), p. 726.

[13] Le Connaissement uniforme direct négociable interaméricain concernant le transport international de marchandises par route est disponible à l'adresse: http://www.oas.org/consejo/

Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP-VI[14]), tenue à Washington. L'un des objectifs principaux de la création de ce connaissement était d'unifier le droit des contrats dans ce domaine pour renforcer la prévisibilité de la procédure judiciaire concernant le transport des marchandises importées et exportées lorsque le transport s'effectue par route[15]. L'OEA a en outre adopté une loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières[16], y compris un appendice sur les documents et les signatures électroniques. Les questions concernant l'équivalent électronique des documents de transport maritime sont également examinées par le Groupe de travail III (Droit des transports) de la CNUDCI, dans le cadre des négociations d'un nouveau projet d'instrument sur le transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer. Hormis ces initiatives, les questions présentées ci-dessus ne semblent pas pour le moment être examinées par d'autres organisations internationales.

41. La Commission pourrait considérer que ce qui précède est une raison supplémentaire d'inclure les questions de l'authentification et de la reconnaissance internationale des signatures électroniques dans un document de référence général.

E. Concurrence déloyale et pratiques commerciales trompeuses dans le commerce électronique

1. Questions

42. Un autre problème est de limiter les pratiques commerciales déloyales, frauduleuses et trompeuses dans le commerce électronique. Les communications électroniques permettent de nouvelles formes de publicité et de marketing qui peuvent faire peser de nouvelles menaces sur les intérêts des consommateurs et le fonctionnement du processus de concurrence. Ces intérêts seront protégés par la législation sur la concurrence déloyale mais il n'est pas toujours possible de transposer l'évaluation juridique des pratiques du commerce classique dans l'environnement numérique.

43. Les principales caractéristiques du commerce électronique sur Internet, telles que l'interactivité, l'uniformité du format et la distribution en réseaux, permettent une convergence de communications de masse et de communications individualisées, qui aboutit à un renouvellement constant des formes de marketing

---

fr/cajp/Documentos/ce00231f07.doc.

[14] Conférences spécialisées interaméricaines de droit international privé.

[15] Voir le résumé en anglais à l'adresse: http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-billoflanding-Eng_summary.htm. Deux parties de cette convention ont trait aux questions électroniques. D'une part, l'article 2 dispose que l'expression "Par écrit" comprend tout document écrit, télégramme, télex, télécopie (fax), échange de données électroniques ou document créé ou transféré par des moyens électroniques. D'autre part, l'article 18.1 prévoit la possibilité de recourir aux signatures électroniques, ainsi qu'à d'autres types de signatures, si la loi applicable l'autorise.

[16] http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm (en anglais). Cette loi type a été adoptée en séance plénière le 8 février 2002 (résolution CIDIP-VI/RES.5/02, disponible à l'adresse http://www.oas.org/consejo/fr/cajp/Documentos/ce00231f07.doc. La Loi type est accessible (en espagnol et en anglais) à l'adresse http://www.oas.org/dil/Annex_cidipviRES.%205-02.pdf (page visitée le 12 avril 2006).

et de publicité. La publicité sur Internet peut prendre la forme de bannières publicitaires, avec une rémunération calculée sur la base des affichages de pages ou des clics publicitaires. Il peut aussi s'agir d'informations qui se chargent entre deux pages de contenu, sous forme soit de fenêtres intruses ("pop-ups") de petit format, soit de publicités pleine page. Selon la manière dont elles sont utilisées, ces techniques peuvent soulever la question de la séparation entre publicité et contenu rédactionnel des médias ou peuvent induire les consommateurs et les utilisateurs en erreur pour qu'ils achètent des services qu'ils n'avaient pas l'intention d'acheter au départ. Les pratiques déloyales peuvent aussi reposer sur l'utilisation des moteurs de recherche, qui sont devenus le principal service dont disposent les utilisateurs pour faire face à la quantité énorme d'informations disponibles sur le Web, ou le recours à des hyperliens à des fins d'usurpation ou de publicité comparative mensongère.

2. Justification et approche proposée

44. Les questions évoquées ci-dessus peuvent influer sur le commerce électronique national et international de nombreuses manières. L'absence de règles, de principes directeurs ou de codes volontaires de conduite appropriés, voire le sentiment que la protection juridique est insuffisante, sapent la confiance dans le commerce électronique et constituent un obstacle à son développement. L'existence de normes contradictoires d'un pays à l'autre peut également avoir des répercussions sur l'offre de biens et de services car les entreprises qui exercent leurs activités dans un cadre moins développé ou excessivement tolérant peuvent bénéficier d'un avantage compétitif déloyal par rapport à celles tenues de respecter des exigences plus strictes. Dans certains cas, les entreprises désireuses d'échapper à la responsabilité qui pourrait naître dans des régimes plus stricts préféreront probablement opérer dans un cadre juridique plus laxiste. Il faut peut-être mettre en balance le souci d'attirer les investissements de ces entreprises et le risque que le pays hôte soit perçu comme un refuge pour des pratiques commerciales déloyales, ce qui pourrait entacher la réputation de tout un secteur d'activité.

45. Les questions décrites ci-dessus sont examinées par plusieurs organisations internationales, dont l'OCDE[17], l'Union européenne (A/CN.9/579, par. 35), l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (A/CN.9/579, par. 24; A/CN.9/598, par. 16), le secrétariat du Commonwealth (A/CN.9/579, par. 27; A/CN.9/598, par. 18 à 20) et la CCI (A/CN.9/579, par. 53 à 56), mais non sous tous leurs aspects ni nécessairement du même point de vue. Cette diversité de sources et d'approches ne facilite pas la tâche des législateurs et des responsables politiques qui souhaitent établir un cadre juridique solide pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique, en particulier dans les pays en développement.

46. La Commission pourrait considérer qu'il serait utile d'inclure les questions de la concurrence déloyale et des pratiques commerciales trompeuses dans le commerce électronique dans un document de référence général.

---

[17] Voir OCDE, Déclaration des Ministres sur la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, 8 et 9 octobre 1998, http://www.olis.oecd.org/olis/1998doc.nsf/LinkTo/DSTI-CP(98)12-FINAL.

F. Vie privée et protection des données dans le commerce électronique

1. Questions

47. La protection des données et la vie privée sont des concepts reconnus dans la majeure partie du monde, parfois même au niveau du droit constitutionnel. Cela étant, le niveau de protection et les instruments juridiques utilisés à cet effet varient encore considérablement. Avec l'apparition de l'ordinateur, une "première vague" d'initiatives pour la protection des données a eu lieu dans les années 1970. Compte tenu de l'usage de plus en plus répandu d'Internet et du potentiel technique accru de collecte et de transmission de données dans le commerce électronique, la protection des données personnelles fait l'objet d'un regain d'attention. Des pratiques telles que la fouille ou l'entreposage de données, ainsi que l'utilisation de témoins de connexion (cookies), sont très fréquentes dans le commerce électronique.

48. Les règles relatives à la protection des données et à la vie privée peuvent servir les intérêts de l'utilisateur et du commerce, mais doivent aussi être appréciées en fonction des intérêts divergents. Le manque de confiance des consommateurs dans la sécurité et la confidentialité des transactions en ligne et des réseaux d'information est considéré comme un élément qui pourrait empêcher les économies de bénéficier pleinement des avantages du commerce électronique. D'un autre côté, les réglementations qui restreignent le flux d'informations peuvent avoir un impact néfaste sur le commerce et les économies dans le monde.

49. Le débat international sur les principes de protection des données porte essentiellement sur les points suivants: consentement à la collecte de données, adéquation entre la collecte et les objectifs visés, limitation de la durée de conservation des données, niveau adéquat de protection dans les pays tiers vers lesquels sont transmises les données, droit d'information et droit de rectification pour les utilisateurs et protection renforcée des données sensibles. De nouvelles questions ainsi que des restrictions à la protection des données voient le jour en raison des préoccupations relatives à la sécurité internationale, qui ont conduit à l'adoption de mesures législatives destinées à la rétention des données. À mesure que leur nombre augmente, les règles internationales non seulement deviennent plus hétérogènes mais leur application par les entreprises est aussi plus difficile. Ces normes prenant en compte des intérêts divergents, il est de plus en plus important de délimiter le champ d'application de ces instruments et de déterminer les intérêts protégés qui l'emporteront dans un cas particulier.

2. Justification et approche proposée

50. Les questions évoquées ci-dessus peuvent influer sur le commerce électronique national et international de nombreuses façons. L'absence de règles, de principes directeurs ou de codes volontaires de conduite appropriés, voire le sentiment que la protection juridique est insuffisante, sapent la confiance dans le commerce électronique et constituent un obstacle à son développement. L'existence de normes contradictoires d'un pays à l'autre peut également avoir des répercussions sur l'offre de biens et de services car les entreprises qui exercent leurs activités dans un cadre moins développé ou excessivement tolérant peuvent bénéficier d'un avantage compétitif déloyal par rapport à celles tenues de respecter

des exigences plus strictes. Dans certains cas, les entreprises désireuses d'échapper à la responsabilité qui pourrait naître dans des régimes plus stricts préféreront probablement opérer dans un cadre juridique plus laxiste. Il faut peut-être mettre en balance le souci d'attirer les investissements de ces entreprises et le risque que le pays hôte soit perçu comme un refuge pour des pratiques commerciales déloyales, ce qui pourrait entacher la réputation de tout un secteur d'activité.

51. Les questions évoquées ci-dessus sont examinées par plusieurs organisations internationales, dont l'OCDE[18], l'Union européenne (A/CN.9/579, par. 32), l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (A/CN.9/579, par. 22 et 23; A/CN.9/598, par. 17), le Conseil de l'Europe (A/CN.9/579, par. 30), le secrétariat du Commonwealth (A/CN.9/579, par. 27; A/CN.9/598, par. 18 à 20) et la CCI (A/CN.9/579, par. 53 à 56), mais pas sous tous leurs aspects ni nécessairement du même point de vue. Cette diversité de sources et d'approches ne facilite pas la tâche des législateurs et des responsables politiques qui souhaitent établir un cadre juridique solide pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique, en particulier dans les pays en développement.

52. La Commission pourrait considérer qu'il serait utile d'inclure les questions de la protection des données et de la vie privée dans le commerce électronique dans un document de référence général.

G. Autres éléments d'un cadre juridique solide pour le commerce électronique

1. Protection des droits de propriété intellectuelle

53. Les moyens de communication modernes ont eu un impact important sur la façon dont sont définis certains droits de propriété intellectuelle et ont concurrencé les mécanismes d'application traditionnels.

54. Le droit d'auteur est depuis toujours étroitement lié aux caractéristiques de la production, de la reproduction et de la distribution des œuvres. Aussi, l'apparition d'un format numérique uniforme et de réseaux numériques met-elle à rude épreuve les caractéristiques spécifiques du droit d'auteur pour ce qui est de l'objet, de l'étendue des droits et de l'application, à mesure que se développent de nouvelles possibilités techniques et des modèles économiques novateurs correspondants. Toutes sortes d'œuvres protégées sont actuellement distribuées et échangées à travers les réseaux numériques. Le cadre juridique doit d'abord s'adapter aux nouveautés technologiques et économiques en ce qui concerne la portée des droits de distribution numérique, ainsi que l'étendue des limitations apportées au droit d'auteur. En outre, certains types de produits d'information peuvent gagner en importance dans un environnement numérique et nécessiter une protection accrue. La protection des bases de données peut être considérée comme un exemple. Les

---

[18] Voir OCDE, Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, applicables le 23 septembre 1980, http://www.oecd.org/document/18/0,2340,fr_2649_34255_1815186_1_1_1_ 1,00.html. Voir également OCDE, "Générateur de déclaration de protection de la vie privée" (http://www.oecd.org/document /39/0,2340,fr_2649_34255_28863271_1_1_ 1_1,00.html).

réseaux numériques constituent une menace pour les circuits de distribution et les modèles économiques traditionnels, ainsi que pour les systèmes existants de gestion collective. Enfin, les droits moraux, qui n'étaient pas une priorité lors des premières phases de l'informatisation, où l'accent était mis sur la protection des logiciels, sont maintenant de plus en plus importants dans le contexte de la création et de la distribution des œuvres sur Internet.

55. Les marques ont une fonction importante dans le commerce et également dans le commerce électronique. Si l'on s'accorde à reconnaître que le droit des marques devrait s'appliquer au commerce électronique de la même manière qu'il s'applique aux moyens de communication traditionnels, des problèmes se posent du fait que les dispositions du droit des marques et la protection des signes utilisés comme marques ne sont pas adaptées aux caractéristiques des nouveaux moyens de communication. Des questions se posent à cet égard sur l'utilisation des marques comme balises méta, la vente de marques comme mots clefs, l'insertion de liens et le cadrage. D'autres questions découlant davantage de l'utilisation "conventionnelle" des marques et liées à la communication transfrontière, par opposition à la nature territoriale des systèmes de marques, ont trait à l'acquisition et la violation des droits attachés à la marque par l'utilisation de signes sur Internet.

56. Les noms de domaine fournissent une autre illustration de l'impact du commerce électronique sur le système traditionnel de protection des droits de propriété intellectuelle. Les noms de domaine sont aujourd'hui une nécessité pour la recherche conviviale d'informations sur Internet. La valeur économique d'un domaine concis et caractéristique ne saurait être sous-estimée, ce qui explique les nombreux conflits qui sont nés à propos de certains domaines Internet. Le droit des brevets est lui aussi touché par les moyens de communication modernes, les brevets relatifs aux logiciels jouant un rôle croissant dans le commerce électronique.

57. Les États qui souhaitent élaborer un cadre juridique approprié pour le commerce électronique auraient tout intérêt à examiner avec soin les implications de l'utilisation des technologies modernes de l'information et de la communication pour la propriété intellectuelle. L'OMPI joue un rôle moteur au niveau international, dans l'élaboration d'un cadre pour la protection de la propriété intellectuelle. Étant donné l'évolution des techniques, son activité porte maintenant pour une large part sur l'environnement numérique. Elle a un programme de travail fourni sur tous les aspects de la propriété intellectuelle dans le commerce électronique. Grâce à son expertise et à son caractère universel, les normes internationales qu'elle établit sont largement acceptées.

2. Protection des consommateurs dans le commerce électronique

58. Les règles internes relatives à la protection des consommateurs ont généralement pour origine les préoccupations suscitées par les asymétries de l'information et à l'absence de pouvoir de négociation des consommateurs. Si des médias comme Internet offrent des alternatives commodes aux méthodes d'achat traditionnelles, l'un des principaux obstacles au décollage du commerce électronique a été le manque de confiance des consommateurs résultant des incertitudes dont est entachée l'utilisation des moyens électroniques pour la conclusion de contrats.

59. Les asymétries de l'information sont exacerbées dans le commerce électronique car les consommateurs manquent d'informations essentielles concernant le produit, qu'ils ne peuvent inspecter physiquement. En outre, ils n'ont pratiquement pas d'informations concernant les vendeurs et n'ont guère les moyens de vérifier leur identité et la situation de leur entreprise. Par ailleurs, ils connaissent parfois mal les caractéristiques des moyens techniques utilisés pour la transaction, ce qui peut donner lieu à des communications involontaires. De plus, du fait que c'est le vendeur qui fournit le système technique, on craint qu'il interprète certaines caractéristiques clefs en sa faveur et mette le consommateur dans une position plus faible dans la transaction. Dans le cas de transactions transfrontalières, il y a des incertitudes juridiques quant à la loi applicable et aux moyens efficaces de faire valoir les droits des consommateurs.

60. Les questions évoquées ci-dessus peuvent influer sur le commerce électronique national et international de nombreuses façons. L'absence de règles, de principes directeurs et de codes volontaires de conduite appropriés, voire le sentiment que la protection juridique est insuffisante, sapent la confiance dans le commerce électronique et constituent un obstacle à son développement. L'existence de normes contradictoires d'un pays à l'autre peut aussi avoir des répercussions sur l'offre de biens et de services, car les entreprises qui opèrent dans un cadre moins développé ou excessivement tolérant peuvent bénéficier d'un avantage compétitif déloyal par rapport à celles tenues de respecter des exigences plus strictes. Dans certains cas, les entreprises choisissent un cadre juridique plus laxiste pour échapper à la responsabilité qu'imposent des régimes plus stricts. Il faut mettre en regard l'intérêt d'attirer les investissements de ces entreprises et le risque que le pays hôte soit perçu comme un refuge pour des pratiques commerciales déloyales, ce qui pourrait nuire à la réputation de tout un secteur d'activité.

3. Communications électroniques non sollicitées (spams)

61. Les nouveaux moyens de communication, tels que la messagerie électronique, ont également aggravé les problèmes posés par les publicités non sollicitées. Un certain nombre de pays ont adopté des instruments juridiques pour lutter contre les spams. Le premier problème auquel est confrontée la législation antispam consiste à définir les messages commerciaux légitimes et à les distinguer des messages électroniques non sollicités. L'application de mesures juridiques antispam s'est révélée problématique, en raison de la multiplicité des services de répression et de la diversité de leurs pouvoirs, des limitations de la collecte et du partage d'informations et de la production d'éléments de preuves, ainsi que du caractère exécutoire limité à l'étranger, en raison de l'absence de compétence nationale sur les spams qui en proviennent et de mesures appropriées pouvant y être exécutées au niveau opérationnel.

4. Cybercriminalité

62. L'utilisation des technologies modernes de l'information et de la communication offre de nouveaux moyens pour les activités criminelles, frauduleuses ou malhonnêtes, telles que le détournement de fonds, la diffamation, l'espionnage industriel, la violation du secret professionnel ou la diffusion de pornographie enfantine. En même temps, de nouveaux types de conduites criminelles ont vu le jour, notamment l'usurpation d'identité, la diffusion de virus informatiques, ou la détérioration intentionnelle de services informatiques et

d'information. Outre leur nature criminelle, toutes ces activités peuvent avoir des répercussions considérables sur le commerce international du fait qu'elles causent des préjudices matériels et moraux aux personnes et aux entreprises, et ébranlent la confiance des entreprises et des consommateurs dans le commerce électronique. La mise en place d'un cadre juridique efficace pour prévenir et réprimer la criminalité informatique et la cybercriminalité, comme il est prévu par exemple dans la Convention sur la cybercriminalité adoptée par le Conseil de l'Europe[19] et son Protocole[20], est par conséquent un élément essentiel des stratégies nationales et internationales visant à promouvoir le commerce électronique.

III. Nature proposée des travaux futurs

63. La Commission voudra peut-être considérer qu'il serait utile d'inclure les questions abordées dans la deuxième partie, sections A à F, ainsi que d'autres questions connexes, dans un document de référence général. Ce document présenterait de façon assez détaillée les questions exposées ci-dessus et les solutions offertes ou proposées par les diverses organisations ayant travaillé dans ce domaine. Le secrétariat propose que ce document d'orientation adopte à l'égard des questions traitées par les autres organisations une approche descriptive et neutre et ne cherche pas à faire une évaluation comparative des solutions qu'elles proposent. Il ne devrait pas non plus donner son avis comme variante ou substitut de l'avis d'autres organisations.

64. Le secrétariat propose une approche différente pour les questions liées aux droits de propriété intellectuelle, présentés dans la deuxième partie (par. 53 à 57 ci-dessus) et qui ont été largement traitées au niveau international sous les auspices de l'OMPI. La Commission voudra peut-être considérer qu'il serait utile de les mentionner sous forme quelque peu abrégée, dans un document de référence général qu'elle pourrait souhaiter élaborer, afin d'attirer l'attention des législateurs et des responsables politiques sur l'importance d'établir un cadre juridique approprié pour la protection des droits de propriété intellectuelle dans le commerce électronique.

65. Pour ce qui est des questions concernant la protection des consommateurs, les communications à caractère commercial non sollicitées, la cybercriminalité et la criminalité informatique, présentées dans la deuxième partie ci-dessus aux paragraphes 64 et 65 respectivement, le secrétariat propose de les traiter également de manière abrégée, en soulignant leur importance et en faisant référence aux travaux en cours et achevés des organisations susmentionnées.

---

[19] La Convention sur la cybercriminalité, STE 185, est entrée en vigueur le 1er juillet 2004. Son principal objectif est de poursuivre une politique pénale commune destinée à protéger la société contre le cybercrime, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et la stimulation de la coopération internationale. *Source*: Conseil de l'Europe, Bureau des traités, http://conventions.coe.int/.

[20] Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, entre les parties au Protocole, les dispositions de la Convention sur la cybercriminalité relatifs à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (STE 189). Il a été ouvert à la signature à Strasbourg le 28 janvier 2003. Source: Conseil de l'Europe, Bureau des traités, http://conventions.coe.int/.

B. Note du secrétariat sur le droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles

(A/CN.9/596) [Original: anglais]

1. À sa trente-huitième session (2005), la Commission a été saisie d'un certain nombre de propositions (A/CN.9/582 et Add.1 à 7) exposées oralement concernant les travaux qui pourraient être entrepris sur le droit de l'insolvabilité, plus particulièrement sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, les protocoles d'insolvabilité internationale dans les procédures transnationales, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les redressements internationaux, les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité ainsi que la fraude commerciale et l'insolvabilité.

2. Après discussion, une certaine préférence a été exprimée en faveur de travaux sur les groupes de sociétés, les protocoles d'insolvabilité internationale et le financement postérieur à l'ouverture de la procédure[1]. La Commission est convenue que, pour faciliter un examen plus détaillé de ces questions et pour obtenir les vues et tirer parti des connaissances spécialisées des organisations internationales et des spécialistes de l'insolvabilité, il conviendrait d'organiser un colloque international semblable au Colloque sur l'insolvabilité internationale convoqué par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau (Vienne, 4-6 décembre 2000), qui avait été un élément important des travaux réalisés pour élaborer le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (voir A/CN.9/495). Elle est aussi convenue que, lors de la préparation du programme et de la définition des priorités du colloque qui était prévu à Vienne du 14 au 16 novembre 2005, le secrétariat devrait tenir compte des discussions qu'elle avait eues sur les diverses questions considérées[2].

3. Environ 95 représentants de 36 pays ont participé au colloque, y compris des représentants de gouvernements et d'organisations internationales, telles que l'OCDE et la Banque mondiale, des juristes, des comptables, des banquiers, des juges et des praticiens de l'insolvabilité.

4. Se fondant sur les vues et les informations échangées entre les participants, la présente note offre une évaluation et une synthèse des délibérations et recommandations du colloque concernant les futurs travaux que la Commission pourrait entreprendre.

I. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité

5. Il a été dit au colloque que les activités des sociétés étaient de plus en plus souvent réalisées par le biais de groupes de sociétés. L'expression "groupe de sociétés" renvoie *grosso modo* à un ensemble de sociétés distinctes, unies entre

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 210.

[2] Ibid.

elles, sous une forme ou une autre, par un régime de contrôle commun ou par leur appartenance au même groupe. Les groupes de sociétés exercent leurs activités aussi bien au niveau national qu'au niveau international. Les raisons de l'utilisation et du succès de ces groupes sont nombreuses et variées, allant de la nécessité de mettre en place une structure "organisationnelle" à celle de réduire la charge fiscale. D'autres raisons sont notamment le besoin de diversifier les activités et de gérer les risques, d'établir des entités opérationnelles dans d'autres pays, de faciliter une fusion ou une prise de contrôle et de répondre aux exigences d'une structure financière élaborée.

6. Le groupe de sociétés peut mener ses activités de telle manière que certains de ses membres ou tous ses membres peuvent être conjointement responsables des dettes externes de chacun d'eux ou être soumis aux garanties du groupe concernant les engagements extérieurs de tel ou tel membre, et ils peuvent procéder à des transactions commerciales au sein du groupe donnant lieu à des dettes et obligations internes entre les différents membres du groupe.

7. La structure d'un groupe de sociétés peut être simple ou hautement complexe, en particulier si le groupe participe au commerce international. Un groupe de sociétés sera plus complexe s'il est partie prenante dans des accords de coentreprise, des fonds communs de créances, des fiducies et des partenariats à l'étranger ou autres. Si cette structure complexe est déstabilisée parce qu'un ou plusieurs membres du groupe se trouvent confrontés à des difficultés financières, des problèmes surviendront pour la simple raison que chaque société du groupe est dotée d'une personnalité et d'une existence juridiques distinctes. Ainsi, en l'absence d'une intervention législative ou judiciaire, chaque entité devra être examinée séparément et, si nécessaire, administrée séparément en cas d'insolvabilité.

8. Les participants ont recensé un certain nombre de questions à examiner pour mieux comprendre le fonctionnement des groupes de sociétés dans la pratique, notamment: traitement comptable des groupes de sociétés; exigences en matière de réglementation des entreprises applicables aux groupes de sociétés; raisons fiscales sous-tendant la création d'un groupe de sociétés; et complexité des modalités de financement et d'emprunt utilisées au sein des groupes. D'autres questions à examiner, concernant l'actuel traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité dans un certain nombre de pays, seraient notamment les suivantes: signification du terme "groupe de sociétés" (ou terme similaire); conditions dans lesquelles une action visant deux ou plusieurs membres d'un groupe peut être engagée; et réparations et recours formels éventuellement disponibles en cas d'insolvabilité ou de quasi-insolvabilité d'un membre du groupe, par exemple: jonction des procédures, reconstitution d'un patrimoine commun, extension de la responsabilité, redressement de plusieurs débiteurs ainsi que d'autres mesures (concernant notamment les dettes et les obligations intergroupes et l'application des principes de déclassement).

9. Le Colloque a noté que le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité soulevait des questions au niveau aussi bien national qu'international dans un contexte transnational. On s'est généralement accordé à dire qu'il serait difficile d'examiner la question dans un contexte transnational sans au préalable aborder les questions d'ordre national et dégager une interprétation commune. On s'est également accordé à dire que, si des travaux devaient être entrepris, il faudrait veiller à ne pas compromettre l'importance et la complexité croissante des

structures des groupes de sociétés, à ne pas intervenir dans les opérations commerciales réalisées avec des groupes de sociétés ou créer des incertitudes à cet égard (en règle générale, indépendamment de l'existence ou non d'une législation applicable en cas d'insolvabilité du groupe ou d'un membre du groupe), et également à ne pas inciter les groupes de sociétés à chercher refuge à l'étranger, dans des "paradis financiers".

10. Le Colloque a été informé de la manière dont les différents aspects d'un régime d'insolvabilité étaient appliqués aux groupes de sociétés dans différents pays et il a examiné si des dispositions étaient éventuellement nécessaires pour répondre aux problèmes spécifiques de ces groupes. Aux cours des discussions tenues à ce sujet, les participants ont recensé un certain nombre de questions concernant le traitement des groupes de sociétés qui sont exposées ci-après.

a) Contexte national

11. Il a été noté que, l'emploi et le sens des principaux termes (tels que groupe de sociétés, contrôle, société mère, filiale, société de participations, société apparentée ou associée) variant d'un pays à l'autre, il faudrait envisager d'examiner les définitions correspondantes pour parvenir à une interprétation commune en la matière. On pourrait examiner, par la même occasion, dans quelle mesure des entités autres que les membres du groupe de sociétés (tels que les fonds communs de créances, les coentreprises, les fiducies et partenariats à l'étranger et d'autres mécanismes similaires) devraient ou pourraient être traitées comme faisant partie d'un groupe de sociétés.

12. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre un groupe de sociétés a fait l'objet de discussions et différentes questions ont été soulevées visant notamment à déterminer quel serait le critère applicable; de quelle manière ce critère serait appliqué à un groupe de sociétés (à chaque membre du groupe ou au groupe entier); si la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourrait viser plusieurs débiteurs; si la société mère (ou un autre membre) du groupe pourrait faire une demande pour chacun des membres du groupe (y compris pour elle-même); qui pourrait demander l'ouverture d'une procédure (par exemple, une autorité de réglementation telle qu'un organe de réglementation des valeurs mobilières ou des entreprises); et de quelle manière seraient traitées les obligations, en ce qui concerne notamment l'endettement interentreprises et les contre-garanties.

13. Parmi les autres questions concernant l'ouverture d'une procédure figuraient notamment les suivantes: quels seraient les pouvoirs (en matière de jonction des procédures, par exemple) qui pourraient être accordés à un tribunal au moment de l'ouverture de la procédure contre certains ou tous les membres d'un groupe de sociétés; un même administrateur pourrait-il être nommé pour chacun des membres du groupe; comment devraient-être réglées les questions éventuellement conflictuelles (découlant, par exemple, de garanties réciproques entre les membres du groupe, de dettes intergroupes, d'actes préjudiciables commis par un membre à l'égard d'un autre); une législation spécifique sur les groupes de sociétés serait-elle nécessaire pour les cas où les lois sur l'insolvabilité permettaient à la direction de rester en poste durant la procédure d'insolvabilité; et faudrait-il adopter des dispositions spéciales régissant l'arrêt ou la suspension des poursuites contre un groupe de sociétés ou le financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'un groupe de sociétés (ou de deux ou plusieurs de ses membres)?

14. L'éventuel redressement d'un groupe de sociétés ou de membres d'un groupe de sociétés a également soulevé un certain nombre de questions dont les suivantes: deux ou plusieurs membres d'un groupe de sociétés pourraient-ils être redressés au moyen d'un seul plan de redressement et, dans l'affirmative, quelles seraient les dispositions éventuellement requises, notamment en ce qui concerne la nature et le contenu du plan; les garanties; la convocation et la tenue de réunions avec les créanciers en vue de définir un plan; le traitement des créances; le vote des créanciers; et l'approbation d'un plan.

15. Les questions se rapportant spécifiquement aux groupes de sociétés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité portaient sur l'éventuelle responsabilité d'un membre d'un groupe de sociétés (la société mère, par exemple) au regard des dettes et des obligations d'un membre insolvable et sur les différentes approches possibles à cet égard, y compris l'imposition d'une responsabilité de plein droit pour toutes les dettes et obligations d'un membre, indépendamment des circonstances dans lesquelles elles avaient été contractées; l'imposition d'une responsabilité découlant de l'autorisation ou de l'instruction donnée à un membre de contracter des dettes alors qu'il était insolvable ou risquait de le devenir; l'imposition d'une responsabilité concernant la conduite des affaires du groupe dans un sens susceptible de léser certaines catégories de créanciers (par exemple, responsabilité à l'égard des employés de la société membre); ou l'imposition d'une responsabilité lorsqu'il y avait de bonnes raisons de solliciter les actifs d'un autre membre du groupe.

16. Une autre question particulièrement importante pour les groupes de sociétés et leur traitement en cas d'insolvabilité portait sur le regroupement des patrimoines et sur le point de savoir si la législation nationale régissant l'insolvabilité devait prévoir le regroupement ou la combinaison des activités de deux ou de plusieurs membres d'un groupe de manière à créer un groupe d'actifs et un groupe de créanciers et dans quelles conditions un tel regroupement pouvait être exigé.

b) Contexte international

17. Les participants ont noté que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale jouait un rôle important dans le redressement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité internationale, en particulier les dispositions régissant la coordination et la coopération. Néanmoins, il a également été noté que la Loi type n'abordait pas expressément un certain nombre de questions concernant l'insolvabilité internationale des groupes de sociétés, notamment: comment régler le problème de l'ouverture d'une procédure lorsque la société mère ou la majorité des membres d'un groupe était située dans un pays, alors que les autres membres étaient immatriculés dans un ou dans d'autres pays; fallait-il définir le "centre des intérêts principaux" d'un groupe de sociétés et de ses membres à la lumière de l'interprétation de ce terme dans de récentes affaires d'insolvabilité internationale; et quelles étaient les dispositions spéciales qui pouvaient être nécessaires, d'une part, pour assurer la disponibilité d'un financement postérieur à l'ouverture d'une procédure visant un groupe de sociétés dont les membres se trouvaient dans plusieurs pays et, d'autre part, pour favoriser la coopération entre pays en cas d'insolvabilité internationale d'un groupe de sociétés. L'attention a été appelée sur la difficulté de redresser un groupe de sociétés en l'absence d'une solide collaboration dans le cadre d'une affaire d'insolvabilité internationale. Une autre

question était de savoir comment encourager l'harmonisation et la coordination des actions internationales et régionales à l'égard des groupes de sociétés et de l'insolvabilité.

18. Compte tenu des discussions du Colloque, on peut conclure que les groupes de sociétés jouent un rôle de plus en plus important dans le commerce mondial et qu'en raison des problèmes actuellement rencontrés dans le domaine de l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés, au niveau tant national qu'international, la Commission devrait poursuivre ses travaux. Ces derniers pourraient prendre la forme d'un texte offrant des orientations d'ordre législatif aux États désireux d'aborder des questions concernant le traitement des groupes de sociétés dans le cadre des procédures d'insolvabilité nationales et internationales.

II. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

19. Le Colloque a débattu de l'importance du financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour le succès ou l'échec du redressement de la société, étant entendu, notamment, que ce financement permettait au débiteur de maintenir son activité et de payer les biens et services essentiels, les fournitures, les salaires, l'assurance et le loyer. Les participants ont noté qu'un consensus se dégageait sur la nécessité d'élaborer des dispositions législatives pour assurer le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, comme le montrait la façon dont le sujet avait été traité dans le cadre des travaux récemment menés au niveau international en matière d'insolvabilité, notamment par le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement, la Banque mondiale et, tout récemment, dans le cadre du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, qui comprenait un chapitre avec des recommandations et des commentaires pertinents.

20. Les participants ont examiné certains obstacles structurels à l'obtention d'un tel financement en cas d'insolvabilité nationale, notamment: l'absence de textes législatifs; la responsabilité personnelle incombant à un représentant de l'insolvabilité ou à des administrateurs et dirigeants de l'entreprise débitrice de contracter la dette nécessaire à un tel financement; l'application de dispositions d'annulation; les problèmes de priorité liés à un tel financement; et la préférence donnée à la liquidation par rapport au redressement, autant d'obstacles qui rendaient difficile l'examen de cette question. Il a été noté que seul un nombre restreint de lois sur l'insolvabilité autorisait un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et qu'un nombre encore plus restreint prévoyait un certain ordre de priorité pour le remboursement de ce financement. On a fait observer qu'il fallait examiner avec précaution la question de la pertinence d'un régime facilitant les financements postérieurs à l'ouverture de la procédure dans les pays en développement, où les types de financement nécessaires n'étaient peut-être pas disponibles.

21. Les participants ont été informés d'évolutions récentes des législations nationales en ce qui concerne certaines de ces questions et noté que des changements étaient apportés, mais lentement.

22. L'examen d'un certain nombre de cas d'insolvabilité internationale a mis en évidence les difficultés liées au financement postérieur à l'ouverture de la procédure, en particulier lorsqu'il s'agissait de groupes de sociétés. Des différences

existaient d'un pays à l'autre quant à la priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et à la constitution d'une sûreté pour un tel financement. Des questions ont été soulevées concernant la loi applicable et le point de savoir si le financement obtenu après l'ouverture de la procédure par un débiteur pouvait être utilisé par un autre membre du groupe et si les membres non débiteurs d'un groupe pouvaient emprunter de l'argent après l'ouverture de la procédure et autoriser le débiteur à utiliser ces fonds. Les participants ont mis l'accent sur la nécessité d'assurer aux créanciers dans ces circonstances, le degré de sécurité et de prévisibilité voulu.

23. Compte tenu de ces discussions, on peut conclure que, même si le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité aborde certaines des questions recensées (en particulier en ce qui concerne l'autorisation), la question du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité internationale contre un groupe de sociétés pourrait faire l'objet d'un examen plus approfondi, tirant parti des travaux accomplis dans le cadre de l'élaboration du Guide législatif ainsi que des travaux de la Commission dans le domaine de l'insolvabilité internationale. Dans un premier temps, ces activités pourraient se voir accorder une place importante dans les travaux qui pourraient être entrepris sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité; le cas échéant, d'autres aspects de la question pourraient être examinés une fois ces travaux terminés.

III. Protocoles d'insolvabilité internationale et communications de tribunal à tribunal

24. Le Colloque a obtenu des informations sur les instruments qui avaient été élaborés pour faciliter la conduite des affaires d'insolvabilité internationale, en particulier le Concordat sur l'insolvabilité internationale et les Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers de l'American Law Institute et l'International Insolvency Institute, ainsi que sur les progrès accomplis dans l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Il a été souligné que la Loi type prévoyait un cadre législatif pour la coopération et la coordination des affaires d'insolvabilité internationale et, en vertu de l'article 27-d), autorisait l'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures. Un certain nombre de cas d'insolvabilité internationale, dans lesquels un tel accord ou un protocole d'insolvabilité internationale avait été utilisé, ont été présentés; une attention particulière a été accordée aux questions généralement abordées qui portaient sur la manière dont ces protocoles pouvaient faciliter la communication et la coopération entre les tribunaux; et sur les difficultés qui avaient été rencontrées dans le cadre de la négociation et de l'utilisation de ces protocoles. Certains cas, dans lesquels ces protocoles n'avaient pas été utilisés, mais où ils auraient facilité la conduite de la procédure, ont également été examinés, et des exemples ont été donnés sur les raisons pour lesquelles ces outils n'étaient pas toujours disponibles. Il a été noté que des problèmes de langue pourraient surgir lorsque les protocoles étaient négociés entre des pays de langues différentes et que l'accès aux informations sur les cas d'insolvabilité internationale et les faits nouveaux survenus dans la pratique, en particulier en ce qui concerne la coordination et la coopération, était essentiel pour faciliter le développement de cette pratique, notamment dans les pays qui n'avaient

jamais connu d'affaire d'insolvabilité internationale et, partant, n'avaient encore jamais eu l'occasion de recourir à de tels protocoles.

25. Il convient de noter qu'une habilitation législative appropriée, telle que l'adoption de la Loi type de la CNUDCI et en particulier des articles 25 à 27, est nécessaire pour encourager et faciliter la coopération dans le cadre des affaires d'insolvabilité internationale, notamment pour favoriser l'utilisation de protocoles d'insolvabilité internationale. Toutefois, bien que la Loi type prévoie cette habilitation essentielle, elle n'apporte pas de précisions sur les aspects pratiques de l'application d'une telle coopération en dehors des informations figurant à son article 27 et dans le Guide pour son incorporation.

26. Compte tenu de ces discussions, on pourrait conclure que l'expérience acquise à ce jour sur les plans juridique et judiciaire dans les domaines de la négociation, de l'utilisation et du contenu des protocoles pourrait utilement être mise à la disposition de la communauté juridique internationale sous une forme ou une autre. Le partage de ces données d'expérience permettrait de poursuivre, de compléter et de favoriser l'établissement du cadre législatif prévu dans la Loi type, facilitant ainsi la coordination et la coopération conformément aux articles 25 à 27 ainsi que l'élaboration et l'utilisation de protocoles. Les questions à examiner dans le cadre de ces travaux pourraient notamment porter sur les thèmes suivants: mesures de facilitation et d'orientation pour les communications entre tribunaux (notamment: notification des parties, participation des parties et communication aux parties d'informations sur des questions de fond); et normes relatives au contenu des protocoles (par exemple, contrôle et protection des actifs, coordination de la disposition des actifs, financement postérieur à l'ouverture de la procédure, rang de priorité des créances, production et classement des créances, sommes à répartir entre créanciers et mise en œuvre d'un plan de redressement). D'autres exemples de protocoles ayant été négociés pourraient également être plus largement diffusés.

IV. Responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité

27. Le Colloque a été informé que, dans un nombre croissant d'affaires d'insolvabilité largement médiatisées, on s'était intéressé en particulier aux responsabilités des administrateurs et des dirigeants et que les conclusions dégagées avaient souligné l'absence de certitude et de prévisibilité dans ce domaine. Les rapports établis par des organisations internationales sur les travaux entrepris en la matière ont mis en évidence un certain nombre de questions et de problèmes rencontrés. À ce jour, ces travaux visaient essentiellement à donner des orientations sur les questions se rapportant à l'insolvabilité et non pas à établir des règles normatives. Une telle démarche avait été adoptée en raison notamment de la diversité des approches nationales dans les domaines concernés, de la complexité des questions en présence, en particulier en ce qui concerne les réponses à apporter aux différents types d'entreprises (par exemple, petites et moyennes entreprises par opposition aux multinationales), ainsi que du rôle des lois autres que la loi sur l'insolvabilité et de l'importance de la politique sociale. Il a été indiqué, à titre d'exemple, que les petites et moyennes entreprises se caractérisaient généralement

par des liens familiaux entre le propriétaire, les administrateurs et la direction, des garanties personnelles étant souvent données pour les obligations financières, mais que cela n'était pas le cas des grandes entreprises publiques. Par conséquent, les capacités et les motivations des administrateurs des divers types d'entreprises divergeaient, tout comme les facteurs économiques qui sous-tendaient l'activité des entreprises, en particulier entre les différents types de marchés et d'économies, et c'est pourquoi il était difficile d'élaborer une approche réglementaire universelle pour les questions de responsabilité. Il a été noté que les lois nationales régissant les questions pertinentes s'articulaient, sur le plan interne, autour de divers problèmes de politique sociale, ce dont il fallait également tenir compte dans tout débat sur une éventuelle approche unifiée. Il a par ailleurs été noté que ce thème soulevait des questions qui étaient encore controversées dans un certain nombre de pays et de forums internationaux, en particulier en ce qui concerne le degré de responsabilité des administrateurs envers les créanciers, en plus des actionnaires.

28. Compte tenu de ces discussions, on peut conclure qu'il serait utile de fournir des orientations dans ce domaine pour aider les débiteurs et les créanciers à déterminer ce qui est acceptable ou inacceptable en cas d'insolvabilité, mais que certains points qu'il faudrait peut-être examiner à cet égard restent controversés et l'on craint que la question n'ait pas encore atteint un degré de maturité suffisant pour que soient élaborées dès maintenant de telles orientations.

V. Insolvabilité et fraude commerciale

29. Le Colloque a été informé, d'une part, des travaux actuellement entrepris par la CNUDCI en vue de recenser les caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses, notamment dans le cadre de l'insolvabilité et, d'autre part, de la participation de la Commission à une étude réalisée par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) sur la fraude et l'abus et la falsification d'identité, y compris la fraude commerciale.

30. On a fait observer que ces deux projets portaient essentiellement sur les questions liées, de manière générale, à la fraude commerciale et notamment sur l'identification de ses caractéristiques, la détection des cas de fraude et la lutte contre celle-ci, mais qu'ils n'abordaient pas la question des incidences de la fraude sur les employés, les créanciers et les autres parties concernées dans le contexte de l'insolvabilité.

31. Des propositions ont été faites en vue d'examiner certaines questions ayant trait à l'insolvabilité, notamment: imposition et classement des pénalités; réduction au minimum de l'intervention des autorités pénales dans le processus de redressement; classement des créances par les investisseurs spoliés; traitement des créances des créanciers impliqués dans une fraude; traitement des créances internes entre les membres d'un groupe d'entreprises multinational lorsque la fraude est commise par un débiteur visé par une procédure d'insolvabilité; droit d'un administrateur de la masse de recouvrer les actifs liés à des actes de fraude commerciale; confiscation des actifs d'entreprises insolvables.

32. Il a été noté que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité n'abordait pas directement les questions liées à la fraude en cas d'insolvabilité, sauf brièvement dans le cadre du déclassement des créances et du

traitement des pénalités et des amendes, bien que le Groupe de travail V ait examiné la question lors de l'élaboration du Guide législatif. Le Colloque a reconnu que les questions relatives à la fraude étaient pertinentes pour l'administration et l'issue de la procédure d'insolvabilité. Il a toutefois été noté que les questions recensées concernaient non seulement les approches adoptées dans le domaine législatif pour répondre aux questions liées à la fraude dans le cadre de l'insolvabilité (que la fraude ait eu lieu avant ou pendant la procédure d'insolvabilité et que la question soit abordée dans la loi sur l'insolvabilité ou dans une autre loi), mais aussi les activités des autorités de réglementation qui pouvaient avoir un impact sur l'administration de l'insolvabilité.

33. Compte tenu de ces discussions, on pourrait conclure que les travaux entrepris à ce jour par l'ONUDC dans le domaine de la fraude, y compris la fraude commerciale, et par la CNUDCI dans le domaine de la fraude commerciale devraient être évalués en vue de déterminer dans quelle mesure les questions relatives à la fraude en cas d'insolvabilité devraient ou pourraient être abordées dans ce contexte, avant d'envisager d'autres travaux.

VI. Proposition de travaux futurs

34. Le secrétariat a fait les propositions suivantes:

a) La question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité est suffisamment avancée pour la présenter à un groupe de travail afin qu'il l'examine. Une réunion du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) devrait en principe se tenir du 11 au 15 décembre 2006 à Vienne;

b) La question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait, dans un premier temps, être intégrée aux travaux à entreprendre dans le domaine de l'insolvabilité des groupes de sociétés; le groupe de travail pourrait également examiner des propositions de travaux sur d'autres aspects de la question;

c) La question des protocoles internationaux pourrait être inscrite à l'ordre du jour d'un groupe de travail, mais les travaux préliminaires de compilation des données d'expérience dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale pourraient être approfondis dans le cadre de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité. Un rapport d'activité intérimaire sur les travaux réalisés pourrait être présenté à la Commission pour qu'elle puisse l'examiner plus avant à sa prochaine session; et

d) Les travaux entrepris par d'autres organisations sur les questions relatives aux responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité ainsi qu'à l'insolvabilité et à la fraude commerciale devraient faire l'objet d'un suivi afin de faciliter, à l'avenir, les travaux que la Commission pourrait entreprendre.

C. Note du secrétariat sur les évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité: incorporation et interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et évolution de l'interprétation de la notion de "centre des intérêts principaux" dans l'Union européenne

(A/CN.9/597) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-2

II. Évolutions dans le domaine de l'insolvabilité internationale 3-17

a) Incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale . . 3

b) Évolution de l'interprétation de la Loi type 4-7

c) Évolution de l'interprétation de la notion de "centre des intérêts principaux" dans le cadre du Règlement CE 8-17

I. Introduction

1. La présente note rend compte des évolutions intervenues depuis la parution du document A/CN.9/580 du 15 avril 2005 dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale, qui concernent en particulier l'incorporation et l'interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et l'interprétation du terme "centre des intérêts principaux" par les tribunaux des pays de l'Union européenne dans le cadre du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE).

2. Les décisions interprétant les dispositions du Règlement CE figurent dans le présent document puisqu'elles pourraient être utiles pour interpréter des dispositions analogues de la Loi type. Au sein de l'Union européenne, la jurisprudence n'est pas encore fixée en ce qui concerne, par exemple, l'interprétation du terme "centre des intérêts principaux" et la Commission souhaitera peut-être prier le secrétariat de continuer à suivre les décisions des tribunaux des États membres de l'Union européenne afin de faciliter l'interprétation de la Loi type.

II. Évolutions dans le domaine de l'insolvabilité internationale

a) Incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

3. Une législation fondée sur la Loi type a été adoptée par l'Érythrée, le Mexique[1], la Serbie-et-Monténégro (pour les deux entités)[2], le Japon[3], l'Afrique du Sud[4], la Roumanie[5], la Pologne[6], les îles Vierges britanniques[7], les États-Unis d'Amérique[8] et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord[9]. En 2000, le Royaume-Uni a adopté une législation qui permet l'application de la Loi type par voie réglementaire. Ces règlements sur l'insolvabilité internationale (Cross-Border Insolvency Regulations) sont entrés en vigueur le 4 avril 2006 (ils ne s'appliquent pas à l'Irlande du Nord). Un certain nombre de pays, dont l'Argentine et le Pakistan, examinent actuellement des projets de législation fondée sur la Loi type tandis que d'autres, dont l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada, ont recommandé l'adoption d'une telle législation. La loi espagnole 22/2003 sur l'insolvabilité, qui est entrée en vigueur en 2004, contient des dispositions sur l'insolvabilité internationale inspirées de la Loi type ainsi que des dispositions fondées sur le Règlement CE.

b) Évolution de l'interprétation de la Loi type

4. Des décisions récentes prises en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis, qui applique la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et qui est entré en vigueur le 17 octobre 2005, sont brièvement résumées ci-après. On a inclus ces décisions dans le présent document afin de fournir des informations sur l'application et l'interprétation de la Loi type dans les pays où elle a été incorporée. On compte que ces décisions figureront également dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT).

5. *Ian Thow* (États-Unis, 2005)[10]. Ian Thow avait officiellement déposé sa première requête en vertu du chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis ("requête en vertu du chapitre 15") à Seattle (Washington), le 2 novembre 2005,

---

[1] *Ley de Concursos Mercantiles*, D.O., 12 mai 2000 (Mexique).

[2] Serbie: Law on Bankruptcy Proceedings 2004, Part XII International Bankruptcy; Monténégro: Law on Business Organization Insolvency, février 2002.

[3] Law relating to Recognition and Assistance for Foreign Insolvency Proceedings (loi n° 129 de 2000).

[4] Cross-Border Insolvency Act, 42 (2000), art. 34 (Afrique du Sud).

[5] Law on Regulating Private International Law Relations in the Field of Insolvency (loi n° 637 du 7 décembre 2002).

[6] Law on Insolvency and Restructuring, 28 février 2003.

[7] Insolvency Act, 2003. Cette loi, qui est entrée en vigueur en août 2004, contient des dispositions sur l'insolvabilité internationale dans sa partie XVIII qui, elle, ne s'applique pas encore. La partie XIX (décisions à l'appui de procédures étrangères) qui, elle, est entrée en application, permet aux représentants étrangers de demander différents types de mesures pour faciliter une procédure étrangère et précise les aspects dont le tribunal doit tenir compte lorsqu'il ordonne de telles mesures. Cette partie contient des dispositions semblables à celles des articles 5, 7 et 10 de la Loi type.

[8] United States Bankruptcy Code, chap. 15.

[9] Insolvency Act 2000.

[10] United States Bankruptcy Court du district ouest de Washington (décision non publiée).

pour obtenir la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure étrangère "principale" en cours en Colombie britannique (Canada). Le tribunal a reconnu cette procédure comme procédure étrangère principale au motif que la quasi-totalité des biens et des créanciers du débiteur est située en Colombie britannique, qui était donc le centre de ses intérêts principaux. Le tribunal a pris, en vertu de l'article 1521 du Code des faillites, des ordonnances pour: a) interdire l'ouverture d'actions individuelles et de mesures d'exécution visant les biens du débiteur et suspendre la poursuite desdites actions et mesures; b) suspendre le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement aux États-Unis; c) enjoindre au débiteur de se mettre à la disposition du syndic canadien et de lui communiquer les pièces pertinentes pour inspection et examen; d) faire administrer par le syndic canadien les biens du débiteur situés aux États-Unis qui feraient partie de la masse du débiteur en vertu du Code des faillites; et e) enjoindre au débiteur de coopérer avec le syndic canadien relativement à ses droits et obligations en vertu de l'ordonnance. Le tribunal a remis à plus tard sa décision sur les questions de détermination de la loi applicable concernant les biens formant la masse du débiteur.

6. *TriGem Computer Inc.* (États-Unis, décembre 2005)[11]. Après avoir connu des difficultés financières, TriGem, l'un des plus grands fabricants d'ordinateurs au monde, a fait l'objet d'une procédure de redressement en vertu de la loi sud-coréenne. Étant donné que cette société avait également des créanciers aux États-Unis, son administrateur judiciaire désigné dans la procédure coréenne a déposé une requête pour le compte de la société en vertu du chapitre 15, principalement pour obtenir un ordre de suspension automatique de la procédure judiciaire engagée contre TriGem aux États-Unis. Le 7 décembre 2005, le tribunal des États-Unis a reconnu la procédure de redressement coréenne engagée par la société mère de TriGem comme procédure étrangère principale en vertu du chapitre 15 et interdit aux créanciers d'intenter des actions visant les biens de la société situés aux États-Unis. La déclaration sous serment du représentant étranger, aux termes de laquelle le siège social, les succursales et établissements, les centres de recherche et de formation de la société étaient tous situés dans différentes régions de la République de Corée, a été la preuve présentée au tribunal pour établir que le centre des intérêts principaux de TriGem se trouvait en République de Corée.

7. La *Mutuelle du Mans Assurances IARD* (États-Unis, décembre 2005)[12]. La filiale britannique d'un assureur français, la Mutuelle du Mans Assurances IARD (MMA), a fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité en vertu du Companies Act de 1985 de Grande-Bretagne dans le cadre de laquelle le tribunal avait, le 28 octobre 2005, homologué un concordat. Le 11 novembre 2005, la MMA a déposé une requête à New York en vertu du chapitre 15 pour obtenir des délais supplémentaires de paiement conformément au concordat homologué et pour empêcher les créanciers de l'attaquer en justice ou de saisir ses biens situés aux États-Unis. Ayant constaté que le centre des intérêts principaux du débiteur était au Royaume-Uni et non en France, le tribunal a reconnu la procédure étrangère comme procédure étrangère

---

[11] United States Bankruptcy Court du district central de Californie, affaire n° 2:05-bk-50052-tD (7 décembre 2005) (décision non publiée).

[12] United States Bankruptcy Court du district sud de New York (Judge Burton R. Lifland), 7 décembre 2005.

principale en vertu du chapitre 15 et définitivement interdit aux créanciers d'intenter des actions visant les biens de la MMA. Le tribunal a pris un certain nombre d'ordonnances relatives à la conduite de cette procédure prévoyant notamment que le concordat homologué par la High Court du Royaume-Uni dans la procédure étrangère devait être rendu pleinement exécutoire et liait toute personne et entité se trouvant aux États-Unis.

c) Évolution de l'interprétation de la notion de "centre des intérêts principaux" dans le cadre du Règlement CE

8. On trouvera ci-après un bref résumé de différentes décisions sur l'interprétation donnée du terme "centre des intérêts principaux" dans l'Union européenne. La Loi type ne définit pas le "centre des intérêts principaux", mais son article 16-3 dispose que celui-ci est présumé, sauf preuve contraire, être le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur. L'article 3-1 du Règlement CE contient une présomption similaire concernant le siège statutaire et le considérant 13 indique que le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers[13].

9. *Shierson v. Vlieland-Boddy* (Royaume-Uni, juillet 2005)[14]. Cette affaire a permis de préciser le moment auquel il convient de déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur. Le tribunal de première instance avait décidé que l'examen du centre des intérêts principaux devait se faire lors de la décision d'ouverture de la procédure. En appel, la Cour a cependant estimé que le moment à prendre en compte était celui où il était initialement demandé au tribunal de décider s'il y avait lieu d'ouvrir une procédure d'insolvabilité. La date à retenir devait donc être le moment où la requête en faillite était entendue la première fois ou, lorsqu'une demande avait été présentée pour pouvoir signifier la requête dans un pays étranger ou pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires avant l'examen de la requête, le moment où cette demande était examinée. Le tribunal a également estimé que, si un débiteur déménage vers un autre pays de l'Union européenne afin d'essayer délibérément d'éviter une procédure d'insolvabilité en changeant le centre de ses intérêts principaux, rien ne pouvait l'en empêcher à condition que le tribunal soit convaincu que ce déménagement est fondé et a le caractère permanent nécessaire.

10. *Re TXU Europe German Finance BV* (Royaume-Uni, octobre 2004)[15]. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si des sociétés incorporées dans d'autres pays de l'Union européenne pouvaient faire l'objet d'une liquidation volontaire par les créanciers au Royaume-Uni. Nonobstant le libellé de l'article 73-1 du Insolvency Act de 1986 et de l'article 735-1 du Companies Act de 1985 (qui indiquent qu'une société étrangère ne peut être mise en liquidation volontaire), le tribunal, suivant la décision rendue dans l'affaire *BRAC Rent-A-Car International Inc.*, a estimé que le Règlement CE autorisait une société étrangère à décider sa mise en liquidation volontaire lorsque le centre de ses intérêts principaux est situé

---

[13] Pour plus d'informations sur ces décisions et d'autres encore, voir www.eir-database.com.
[14] Court of Appeal, Civil Division, 28 juillet 2005; [2005] EWCA Civ. 974.
[15] [2005] BPIR 209.

au Royaume-Uni, à condition que son droit national lui permette de prendre cette décision. En l'espèce, le tribunal a suivi des avis juridiques étrangers, selon lesquels une telle décision pouvait être prise en vertu du droit des pays du lieu d'incorporation (Irlande et Pays-Bas).

11. *Aircraft* (République tchèque, avril 2005)[16]. Cette affaire a donné lieu à des décisions contradictoires de tribunaux de deux États Membres, les deux juridictions ayant décidé d'ouvrir une procédure principale. Un créancier avait demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devant le tribunal régional de Prague (République tchèque). Dans l'attente d'une décision, le débiteur avait demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devant le tribunal régional de Hambourg (Allemagne), affirmant que le centre de ses intérêts principaux était dans cette ville. Avant que cette dernière juridiction ne se prononce, le tribunal de Prague avait nommé un administrateur provisoire. Après la décision d'ouverture d'une procédure principale prise par le tribunal de Hambourg, le tribunal de Prague a également ouvert une procédure principale au motif que le centre des principaux intérêts du débiteur était situé en République tchèque: le débiteur y avait son domicile privé et il y menait presque chaque jour des activités professionnelles dans le secteur touristique en recommandant ses produits aux agences de voyage dans les journaux locaux. Le tribunal régional de Prague a déclaré que, pour déterminer laquelle des deux procédures primait l'autre, il fallait tenir compte de la date de la première décision rendue dans l'affaire. Étant donné qu'il avait rendu deux décisions (l'une enjoignant au débiteur de faire connaître sa position sur la demande du créancier, l'autre nommant un syndic provisoire) avant que le tribunal allemand ne décide d'ouvrir une procédure, le tribunal de Prague a estimé que la procédure allemande devait être considérée comme secondaire. Le débiteur a alors fait appel de la décision tchèque et le créancier de la décision allemande.

12. *Silvalux SARL* (Luxembourg, avril 2004)[17]. Cette affaire portait sur la détermination du centre des intérêts principaux d'une société de droit français ayant une succursale au Luxembourg. Le tribunal a constaté que le centre des intérêts principaux de la société était au Luxembourg au motif que le courrier recommandé envoyé au siège social avait été retourné avec la mention "n'habite pas à l'adresse indiquée" et que les salariés de la société étaient tous affiliés au Centre commun de la sécurité sociale luxembourgeois.

13. *UK Rover Group* (Royaume-Uni, mai 2005)[18]. La High Court s'est déclarée compétente pour prendre des ordonnances d'administration au sujet des affaires de huit filiales commerciales détenues en totalité par la société anglaise MG Rover Overseas Holding Ltd, qui étaient incorporées dans différents pays de l'Union européenne. Pour prendre sa décision, le tribunal s'est fondé sur les éléments de fait suivants. Premièrement, la direction des sociétés commerciales nationales comprenait, sans exception, au moins un directeur britannique, aucune autre nationalité n'étant représentée dans tous les conseils d'administration de ces sociétés. En outre, cinq de ces sociétés avaient un conseil d'administration composé en majorité de résidents britanniques et la composition du personnel était telle que

---

[16] Tribunal régional de Prague, 26 avril 2005, 78 K 6/05-127.
[17] Tribunal de Luxembourg, 15 avril 2005 (II n° 365/05).
[18] High Court of Justice, Chancery Division, 11 mai 2005.

tous les cadres supérieurs des sociétés nationales étaient nommés avec une autorisation spécifique directe du siège international au Royaume-Uni. Deuxièmement, s'agissant de l'organisation financière, chacune de ces sociétés nationales fonctionnait sur la base d'un budget annuel soumis et approuvé par le siège au Royaume-Uni, qui avait le dernier mot en matière de détermination du budget, de contrôle financier et de financement, et aucune de ces sociétés nationales n'aurait pu se déclarer autonome. Troisièmement, en termes commerciaux, il était clairement prouvé qu'aucune société nationale n'avait d'existence autonome et indépendante. Enfin, d'un point de vue général il apparaissait que les sociétés commerciales nationales formaient manifestement un réseau de filiales intégré dans la structure internationale du groupe.

14. *Avcraft* (Allemagne, juin 2005)[19]. Les usines de AvCraft Aerospace GmbH, filiale allemande de AvCraft Aviation à Leesburg (Virginie), étaient situées à Oberpfaffenhofen (Allemagne). Le tribunal a considéré que le centre des intérêts principaux du débiteur était Oberpfaffenhofen puisque c'était l'endroit où les matières premières étaient livrées et à partir duquel le réseau juridique et économique était animé et développé, en ce qui concerne en particulier les fournisseurs. Toutes les activités importantes de l'entreprise, comme les achats, la gestion du personnel, la comptabilité et le gros des affaires y étaient également concentrées. Le tribunal a rejeté la présomption du Règlement CE selon laquelle le lieu d'immatriculation du débiteur, en l'espèce Dublin, serait le centre des intérêts principaux de la société.

15. *Hukla* (Allemagne, août 2004)[20]. Le tribunal a estimé que le centre des intérêts principaux du débiteur (une société de distribution autrichienne) était en Allemagne, même si l'entreprise était immatriculée à Vienne. La société autrichienne devait être considérée comme une unité commerciale de la société allemande, puisqu'elle n'avait aucune autonomie économique et avait été transférée en Autriche quelques années avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour des raisons fiscales et des raisons liées à l'infrastructure de distribution. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a pris en compte différents facteurs: la direction de la société mère, située en Allemagne, fixait les orientations stratégiques et opérationnelles des activités de la filiale autrichienne; le budget de la société autrichienne était régulièrement soumis à la direction de la société allemande pour approbation; l'organisation et la supervision de l'action de vente des représentants de commerce de la société autrichienne avaient lieu en Allemagne; et la plupart des principaux livres et documents comptables étaient tenus en Allemagne.

16. *Collins & Aikman* (Royaume-Uni, juillet 2005)[21]. Le tribunal anglais a examiné une demande d'ordonnance d'administration concernant 24 sociétés du *groupe Collins & Aikman Corporation* (dont le siège était aux États-Unis), incorporées dans différents pays de l'Union européenne. Il a conclu que, conformément à l'article 3, alinéa 1 (présomption relative au centre des intérêts principaux) du Règlement CE, sa compétence s'étendait à l'ensemble de ces sociétés aux motifs que: le responsable de la coordination de toutes les fonctions de

---

[19] Amtsgericht Weilheim i.OB, 22 juin 2005 (IN 260/05).
[20] Amtsgericht Offenburg, 2 août 2004.
[21] High Court of Justice, 15 juillet 2005, [2005] EWHC 1754 (Ch).

gestion de trésorerie pour les sociétés européennes se trouvait en Angleterre; toutes les fonctions de coordination de trésorerie, en ce qui concerne essentiellement les approbations de règlement des demandes quotidiennes de fonds présentées par les différentes usines, étaient situées en Angleterre; les comptes bancaires communs pour les opérations effectuées au sein de l'Union européenne étaient tenus dans une banque londonienne; les ressources humaines pour l'Europe étaient coordonnées depuis l'Angleterre; les systèmes d'information pour l'Europe étaient gérés depuis l'Angleterre; les études techniques pour l'Europe étaient réalisées en Angleterre; la plupart des fonctions commerciales liées aux opérations européennes étaient assurées depuis l'Angleterre; et les décisions stratégiques concernant les opérations européennes étaient généralement prises par un comité situé en Angleterre et composé d'une majorité de cadres britanniques.

17. *Dental Technician* (Allemagne, avril 2005)[22]. Le tribunal allemand a déclaré que pour déterminer le centre des intérêts principaux, et afin d'éviter les incertitudes juridiques, il fallait tenir compte du moment où la requête était présentée et non de celui où les dettes étaient contractées. Le tribunal n'a pas tranché la question de savoir si le centre des intérêts principaux pouvait être déterminé au moment où la décision d'ouverture de la procédure était prise, ni quel juge était compétent au cas où le débiteur avait déplacé son centre des intérêts principaux après la présentation de la requête mais avant que la décision ne soit rendue. Quant au critère utilisé pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur, le tribunal a constaté que, dans le cas d'un salarié, il convenait de prendre en compte le domicile ou le lieu de résidence habituel. En l'espèce, tant le domicile que le lieu de résidence habituel du débiteur étaient en Angleterre; le débiteur menait son activité professionnelle de technicien dentaire en Angleterre et ne manifestait aucune intention de retourner en Allemagne; au moment de la présentation de la requête, il avait déjà pris des mesures pour mettre fin à ses affaires professionnelles et personnelles en Allemagne; il avait une adresse valable en Angleterre qu'il utilisait pour effectuer sa correspondance commerciale; et il gérait ses biens personnels situés en Allemagne depuis l'Angleterre.

---

[22] Amtsgericht Celle, 18 avril 2005 (29 IN 11/05).

D. Note du secrétariat sur la fraude commerciale: travaux en cours et travaux futurs possibles

(A/CN.9/600) [Original: anglais]

1. La Commission souhaitera peut-être rappeler les débats qu'elle avait tenus sur le sujet de la fraude commerciale de ses trente-cinquième à trente-huitième sessions, de 2002 à 2005[1].

2. À la trente-cinquième session, en 2002, il a été dit à la Commission que les pratiques frauduleuses qui revêtaient un caractère international avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portaient souvent atteinte aux institutions commerciales légitimes. Il a également été indiqué que les organismes internationaux n'avaient pas suffisamment abordé la question des pratiques frauduleuses qui portaient atteinte au commerce international, notamment leurs aspects commerciaux. Selon un avis, la Commission bénéficiait à la fois des points de vue des gouvernements et de compétences internationalement reconnues dans le domaine du commerce international, elle avait une tradition de collaboration avec d'autres organisations internationales, et était bien placée pour étudier le phénomène. Bien que des réserves aient été exprimées concernant la portée de tout projet envisagé dans ce domaine, compte tenu notamment des ressources limitées, il a été décidé que le secrétariat devrait préparer une étude sur la fraude commerciale de sorte que la Commission puisse décider s'il était approprié et possible de poursuivre les travaux[2].

3. Pour évaluer l'ampleur et les effets de la fraude commerciale et envisager d'éventuelles recommandations concernant des activités futures, le secrétariat a convoqué en décembre 2002 une réunion composé d'experts qui rencontrent et combattent régulièrement le problème et qui représentent différentes régions, perspectives et disciplines. À la suite de cette réunion, le secrétariat a rédigé et publié une note relative aux travaux futurs possibles sur la fraude commerciale (A/CN.9/540), comme la Commission le lui avait demandé à sa trente-cinquième session. Il était indiqué dans cette note que, selon les informations disponibles, la fraude commerciale représentait une menace grave et potentiellement croissante pour le commerce international. Des critères permettant de définir ou de décrire le concept étaient examinés et il était conclu qu'une définition précise n'était pas alors possible, mais qu'il serait utile de recenser et d'exposer en détail les caractéristiques communes aux comportements commerciaux frauduleux. Il était dit enfin que la fraude commerciale présentait, outre des aspects relatifs à la répression pénale, une dimension commerciale distincte et importante, et plusieurs recommandations de travaux futurs étaient faites à la Commission.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290; ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 231 à 241; ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 108 à 112, et ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 216 à 220.

[2] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17,* par. 279 à 290.

4. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission a examiné cette note du secrétariat (A/CN.9/540). Elle a accueilli favorablement la recommandation d'organiser un colloque international pour permettre un échange d'idées entre les diverses parties intéressées, y compris des gouvernements, des organisations intergouvernementales et des organismes privés compétents sur les aspects de la fraude commerciale relevant du droit privé. Elle a aussi noté que ce colloque serait l'occasion de promouvoir un échange de vues avec le secteur du droit pénal et le secteur réglementaire qui combattent la fraude commerciale et de recenser les activités susceptibles d'être coordonnées ou harmonisées. Elle a par ailleurs estimé qu'il serait utile que la Commission des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale (Commission contre le crime) mène une étude par l'intermédiaire du Centre pour la prévention internationale du crime de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, en consultation avec le secrétariat de la CNUDCI[3].

5. Un colloque sur la fraude commerciale internationale a été tenu à Vienne du 14 au 16 avril 2004. Les quelque 120 orateurs, invités et participants venant de 30 pays étaient des experts des différents domaines examinés et représentaient un éventail aussi large que possible des méthodes de lutte contre la fraude commerciale. De l'avis général, tout doute était dissipé quant à l'étendue de la fraude commerciale et à ses graves conséquences à l'échelle mondiale quel que soit le niveau de développement économique ou le régime politique des pays. Il a également été convenu que la sensibilisation et la formation jouaient un rôle de premier plan dans la prévention de la fraude et qu'il pourrait être particulièrement utile d'identifier des signes communs précurseurs ou révélateurs de la fraude commerciale. Les participants ont en outre estimé que les efforts de coopération au niveau local entre les services de détection et de répression et le secteur privé semblaient particulièrement efficaces et devaient être encouragés. Bien que des progrès aient été accomplis dans l'élaboration d'une description de la fraude commerciale, l'ensemble des participants ont considéré que des travaux supplémentaires seraient nécessaires pour formuler une définition ou une description précise. Il a notamment été dit qu'il fallait envisager sérieusement de trouver un moyen de rassembler et de publier des statistiques et des informations sur la fraude commerciale et que la communication au public de renseignements sur les types de fraude et leurs caractéristiques ainsi que de liens vers d'autres sources d'information serait très utile pour lutter contre la fraude commerciale (voir A/CN.9/555, par. 3, 4, 25 à 28, et 62 à 71).

6. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission a examiné le rapport du colloque établi par le secrétariat (A/CN.9/555) et est convenue que celui-ci devrait faciliter, là où il y avait lieu, l'étude d'exemples de fraude commerciale dans le contexte particulier des projets sur lesquels la Commission travaillait, afin que les représentants participant à ces projets puissent prendre en compte le problème de la fraude dans leurs délibérations. En outre, à des fins de sensibilisation, de formation et de prévention, elle est convenue également qu'il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des

---

[3] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 240 et 241.

fraudeurs, dans la mesure où ces listes pourraient aider à se protéger et à ne pas devenir victimes de pratiques frauduleuses. Par ailleurs, on a estimé que les organisations nationales et internationales désireuses de lutter contre la fraude commerciale pourraient être invitées à diffuser ces listes parmi leurs membres, pour permettre d'évaluer et d'améliorer celles-ci. Bien qu'il n'ait pas été proposé que la Commission ou ses groupes de travail intergouvernementaux participent directement à cette activité, il avait été convenu que le secrétariat devrait envisager d'élaborer, en étroite consultation avec des experts, des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques et tenir la Commission informée de l'avancement des travaux à cet égard[4].

7. À sa trente-huitième session en 2005, l'attention de la Commission a été appelée sur la résolution 2004/26 adoptée le 21 juillet 2004 par le Conseil économique et social et intitulée "Coopération internationale en matière de prévention, d'enquêtes, de poursuites et de sanctions concernant la fraude, l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et les infractions connexes". Cette résolution prévoyait la convocation d'un groupe intergouvernemental d'experts chargé de réaliser une étude sur la fraude ainsi que l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et l'élaboration, d'après cette étude, de pratiques, de principes directeurs et d'autres éléments adaptés, tenant compte, en particulier, des activités pertinentes de la CNUDCI. Elle recommandait également au Secrétaire général de charger l'ONUDC d'assurer le secrétariat de ce groupe intergouvernemental d'experts, en consultation avec le secrétariat de la CNUDCI[5].

8. À cette même session, la Commission a appris que l'ONUDC avait organisé les 17 et 18 mars 2005 une réunion du groupe intergouvernemental d'experts et que les résultats de cette dernière avaient été communiqués à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à sa quatorzième session (Vienne, 23-27 mai 2005; voir E/CN.15/2005/11). Elle a été informée que les participants à cette réunion avaient indiqué que la fraude préoccupait sérieusement leur gouvernement et que tant le nombre des actes frauduleux commis que leur portée géographique et leur diversité augmentaient rapidement en raison, pour partie, des progrès technologiques. Les participants étaient convenus qu'il faudrait entreprendre une étude sur le problème à partir des informations reçues des États membres de la Commission contre le crime en réponse à un questionnaire sur la fraude ainsi que l'abus et la falsification d'identité (usurpation d'identité) à des fins criminelles qui serait distribué par l'ONUDC. Elle a aussi appris que son secrétariat avait participé à la réunion précitée et a exprimé son soutien en faveur de l'aide que celui-ci apportait au projet de l'ONUDC[6].

---

[4] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 110 à 112.
[5] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 217.
[6] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 218 et 219.

I. Travaux de la CNUDCI sur les caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques

9. La Commission ayant proposé à sa trente-septième session d'envisager la préparation de listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques, le secrétariat a tenu une réunion d'experts sur la fraude commerciale du 12 au 14 octobre 2005 chargée d'examiner les questions soulevées par un tel projet, notamment concernant la nature et le contenu de ces listes ainsi que la meilleure façon de les intégrer aux activités de sensibilisation et de formation à des fins de prévention de la fraude commerciale.

10. En attendant que la Commission examine et approuve définitivement cette documentation en vue de sa diffusion, on a estimé dans un premier temps que le projet avait trois objectifs:

a) Élaborer la documentation recensant les mécanismes et les caractéristiques de la fraude commerciale d'une façon qui encouragerait le secteur privé à mobiliser ses ressources pour combattre le problème de manière organisée et systématique;

b) Apporter une assistance aux organismes gouvernementaux pour qu'ils déterminent comment ils pourraient aider les secteurs public et privé à s'attaquer au problème; et

c) Aider les professionnels du droit pénal à comprendre comment impliquer au mieux le secteur privé dans ce combat.

11. Il a été souligné lors de la réunion d'experts que l'objectif général du projet était de créer un document aisément accessible et facile à comprendre qui énumérerait des indicateurs de comportements constitutifs de fraude commerciale, de sorte que sa diffusion générale contribue à la prévention de la fraude. Il a été estimé que le public visé pourrait comprendre des commerciaux, des particuliers, des représentants d'organismes de réglementation, des spécialistes, des fonctionnaires de services de détection et de répression, des parties à des litiges civils ou pénaux, et, éventuellement, des tribunaux dans le cadre d'affaires civiles ou pénales ayant trait à la fraude commerciale. Il a été souligné que les matériels ou le document envisagés ne seraient pas de nature législative ou juridique mais relèveraient de la catégorie d'instruments qui prévoient des lignes directrices et des références utiles pour les utilisateurs.

12. Si l'on a reconnu qu'il serait souhaitable de définir la fraude commerciale de façon à l'identifier, on a souligné qu'une définition descriptive, et non strictement juridique, serait mieux adaptée compte tenu des objectifs du projet et de son ampleur prévue et qu'elle permettrait d'en assurer la souplesse. Les discussions se poursuivent concernant les éléments à inclure dans cette description pour qu'elle convienne à tous les systèmes juridiques, mais on a estimé que les éléments ci-après devraient en tout état de cause être pris en compte dans une définition de la fraude commerciale:

a) Le dol ou la fausse information;

b) La dimension et l'échelle économiques;

c) Le fait d'utiliser des systèmes commerciaux, d'en abuser, de les compromettre ou de les falsifier d'une manière susceptible d'avoir un impact international; et

d) La perte de valeur.

13. On a estimé que la liste d'indicateurs, ou de caractéristiques communes, devrait être précédée d'une introduction ou d'un commentaire qui pourrait définir l'objet de la documentation ainsi que son public cible, lequel pourrait explicitement comprendre aussi bien les pays développés que les pays en développement, tout en présentant des informations sur l'historique et la méthodologie du projet. La documentation elle-même pourrait traiter de façon distincte un certain nombre d'indicateurs ou de caractéristiques de la fraude commerciale, mais ces derniers, pris séparément, ne seraient pas interprétés comme étant nécessairement révélateurs de fraude commerciale. La présence d'un seul indicateur signalerait plutôt qu'il y a une possibilité de fraude commerciale tandis que la présence de plusieurs renforcerait cette crainte. L'identification de chacun des indicateurs serait suivie d'une brève description, puis d'explications plus détaillées et d'exemples permettant de saisir plus précisément les différentes nuances des comportements et des formes visées. Les exemples seraient issus de divers domaines de la pratique juridique et porteraient sur différents types de victimes de façon à illustrer leur application universelle dans le contexte commercial. On est convenu qu'il serait utile de fournir des conseils, des mises en garde ou des recommandations, selon le cas, pour chaque type d'indicateur et que, certains indicateurs pouvant ou devant se chevaucher, il faudrait prévoir des renvois.

14. On a estimé que les caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses pourraient être présentées comme suit:

a) Un nom simple pour désigner ou identifier le sujet en question;

b) Une brève description assortie d'exemples précis du type de comportement donné;

c) Des explications plus détaillées sur les différents aspects de ce comportement;

d) Des mises en garde, des conseils ou des recommandations; et

e) Des renvois à des sujets connexes.

15. On a aussi considéré que certains sujets pouvaient être traités selon l'approche exposée au paragraphe précédent. S'il a été reconnu que, lors de la poursuite des travaux sur les indicateurs, d'autres sujets dignes d'être traités seraient probablement mis au jour, la liste pourrait comprendre à titre provisoire les sujets suivants:

a) Irrégularités des documents;

b) Usurpation de nom;

c) Emploi abusif de termes techniques;

d) Manquement à la diligence raisonnable;

e) Revenus disproportionnés;

f) Sources de remboursement douteuses ou inconnues;

g) Complexité excessive d'opérations;

h) Fraude fondée sur des alliances ou des relations personnelles;

i) Maintien déraisonnable du secret;

j) Surqualification ou sous-qualification d'employés;

k) Avantages accordés à certains employés;

l) Incohérences des transactions;

m) Aspects irrationnels ou illogiques;

n) Influence ou incitation excessive;

o) Demandes d'information abusives;

p) Fraude au cours d'une procédure d'insolvabilité;

q) Utilisation abusive de motifs; et

r) Tromperie.

16. On a aussi fait valoir que des annexes explicatives à la documentation pourraient être une aide pour les futurs utilisateurs. Si l'avis a été exprimé qu'il fallait faire preuve de prudence compte tenu des ressources disponibles pour élaborer et tenir à jour de telles annexes, on a estimé que les propositions ci-après pourraient être envisagées à cet égard:

a) Un glossaire de termes fréquemment employés, englobant à la fois les termes exclusivement rattachés à des fraudes et ceux dont l'emploi peut être aussi bien légitime que frauduleux;

b) Des explications sur la pratique de la diligence raisonnable pour éviter d'être victime de fraude commerciale;

c) Des liens ou une liste d'adresses URL renvoyant à des sites Internet légitimes qui publient des mises en garde et des informations sur la fraude commerciale;

d) Un catalogue d'opérations frauduleuses déjà recensées dans divers pays du monde entier;

e) Un catalogue de profils de victimes de fraude commerciale; et

f) Une série de questions ou une liste de contrôle pour aider les organisations ou les particuliers à déterminer s'ils sont exposés à un risque.

II. Étude sur la fraude menée par l'ONUDC

17. L'ONUDC a fait rapport à la Commission contre le crime à sa quinzième session (Vienne, 24-28 avril 2006) concernant l'avancement des travaux relatifs à l'étude sur la fraude, l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles (voir E/CN.15/2006/11).

18. Comme il est indiqué dans ce document, à sa réunion de mars 2005, le groupe intergouvernemental d'experts est convenu que l'étude devrait porter sur les informations et la documentation fournies par les experts mêmes, les données de source gouvernementale disponibles, y compris des documents utiles et appropriés sur les politiques, la législation, les recherches et autres sujets et, lorsqu'il y aurait lieu et lorsque cela serait possible, des informations de source commerciale, intergouvernementale ou non gouvernementale. Il est en outre convenu que le secrétariat de l'ONUDC devrait élaborer un questionnaire composé de deux grandes parties, dont l'une traiterait de la fraude, l'autre de l'usurpation d'identité, et l'envoyer aux États membres de la Commission contre le crime pour recueillir des informations sur la fraude et l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles.

19. Ce questionnaire, tel que modifié et finalisé, a été joint à une note verbale datée du 15 septembre 2005 et envoyé par le secrétariat de l'ONUDC aux États membres de la Commission contre le crime, ainsi qu'aux experts ayant assisté à la réunion, pour qu'ils l'examinent et qu'ils soumettent au Groupe des informations, des observations ou des conclusions sur divers thèmes de l'étude.

20. Le secrétariat de la CNUDCI a collaboré avec celui de l'ONUDC pour rédiger le questionnaire qu'il a envoyé en octobre 2005 aux organisations gouvernementales et non gouvernementales et aux autres organismes non étatiques invités aux sessions de la Commission ainsi qu'à de grandes entreprises représentant diverses branches d'activité dans le monde entier qui, a-t-on pensé, pourraient souhaiter répondre directement ou transmettre le questionnaire à leurs membres pour qu'ils y répondent, l'objectif étant de recueillir des informations de sources commerciales et d'autres sources du secteur privé.

21. Le secrétariat de l'ONUDC a signalé qu'il entamerait la rédaction de l'étude en temps utile avec la collaboration de son groupe intergouvernemental d'experts. Il est prévu que la version définitive du rapport de fond sera soumise à la Commission contre le crime à sa seizième session en 2007 et éventuellement à la Commission pour qu'elle l'examine lors d'une session future.

III. Proposition de travaux futurs

22. La Commission voudra peut-être demander au secrétariat:

a) De poursuivre, en collaboration avec des experts et d'autres organisations intéressées, ses travaux de recensement des caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses en vue de présenter une documentation provisoire ou définitive à la Commission pour qu'elle l'examine à une session future; et

b) De continuer à apporter son aide et sa collaboration à l'ONUDC dans le cadre de son étude sur la fraude et l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles, et de tenir la Commission informée de l'avancement de ces travaux.

VI. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1) 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
Télex: 135612 uno a
Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: *uncitral@uncitral.org*

Ces compilations sont également disponibles sur le site Internet de la CNUDCI *www.uncitral.org*.

Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale sur demande adressée au secrétariat de la CNUDCI.

VII. ASSISTANCE TECHNIQUE DANS LE DOMAINE DE LA RÉFORME DU DROIT

Note du secrétariat sur l'assistance technique (A/CN.9/599) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international	3-4
III.	Assistance technique dans le domaine de la réforme du droit	5-7
	A. Activités d'assistance technique	8-14
	B. Ressources d'assistance technique	15-33
IV.	Ressources extrabudgétaires	34-40
V.	Activités futures	41-43

I. Introduction

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé à sa vingtième session (1987)[1] de faire des activités d'assistance technique l'une de ses priorités. Ces activités visent à promouvoir la connaissance et l'adoption des textes juridiques qu'elle élabore et sont particulièrement utiles aux pays en développement manquant d'expertise dans les domaines du droit commercial couverts par les travaux de la CNUDCI. La réforme du droit commercial, qui se fonde sur des instruments internationaux harmonisés, a une incidence évidente sur l'aptitude des entrepreneurs de tous les États à participer au commerce international, dont le rôle en matière de développement durable et de stabilité sociale est considérable. Les activités d'assistance technique du secrétariat peuvent ainsi contribuer aux efforts d'intégration économique des pays en développement.

2. La présente note dresse la liste des activités menées par le secrétariat depuis la publication de la précédente note, dont la Commission avait été saisie à sa trente-huitième session en 2005 (document A/CN.9/586 du 1er avril 2005), fait état du développement des ressources venant à l'appui des activités d'assistance technique, et indique celles qu'il serait possible d'entreprendre à l'avenir.

II. Textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

3. De par son mandat, qui consiste à élaborer des instruments, législatifs ou non, dont elle encourage l'utilisation et l'adoption, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial, notamment les ventes, le règlement des différends, la passation des marchés publics, les opérations bancaires, les paiements et l'insolvabilité, les transports, et le commerce électronique, la CNUDCI joue un rôle important dans l'élaboration du cadre juridique régissant le commerce international et les investissements internationaux. Ces instruments sont acceptables par le plus grand nombre en ce qu'ils apportent des solutions satisfaisantes à des pays ayant des traditions juridiques différentes et ayant atteint des stades de développement économique différents.

4. Ils comprennent:

a) Dans le domaine des ventes, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[2] et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[3];

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

[2] 11 avril 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, p. 3; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.82.V.5), première partie.

[3] *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

b) Dans le domaine du règlement des différends, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[4] (Convention des Nations Unies adoptée avant la création de la Commission, mais dont cette dernière encourage activement l'utilisation), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[5], le Règlement de conciliation de la CNUDCI[6], la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[7], l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales[8] et la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale[9];

c) Dans le domaine de la passation des marchés publics, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[10], le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[11] et les Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[12];

d) Dans le domaine des opérations bancaires et des paiements, la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[13], la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[14], la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[15], et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[16];

e) Dans le domaine de l'insolvabilité, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[17] et le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité[18];

Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, p. 77 et 99; *Annuaire 1980* de la CNUDCI, troisième partie, chap. I, sect. C.

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

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57; *Annuaire 1976* de la CNUDCI, première partie, chap. II, sect. A.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), chap. V, sect. A, par. 106; *Annuaire 1980* de la CNUDCI, troisième partie, chap. II.

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; *Annuaire 1985* de la CNUDCI, troisième partie, chap. I.

[8] *Annuaire 1996* de la CNUDCI, troisième partie, chap. II.

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I; *Annuaire 2002* de la CNUDCI, troisième partie.

[10] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), annexe I; *Annuaire 1994* de la CNUDCI, troisième partie, chap. I.

[11] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4, A/CN.9/SER.B/4.

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

[13] *Annuaire 1988* de la CNUDCI, troisième partie, chap. I; résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe.

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), annexe I.

[15] New York, 11 décembre 1995, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, p. 163; *documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), annexe I.

[16] *Annuaire 2002* de la CNUDCI, troisième partie; résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

[17] *Annuaire 1992* de la CNUDCI, troisième partie, chap. I.

[18] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 55.

f) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer (Règles de Hambourg)[19] et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[20]; et

g) Dans le domaine du commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[21], la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[22] et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[23].

III. Assistance technique dans le domaine de la réforme du droit

5. Dans sa résolution 60/20 du 23 novembre 2005, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail que la Commission réalise en matière d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international, et engagé 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 technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes.

6. Dans la même résolution, l'Assemblée générale a souligné l'importance, pour la poursuite de l'unification et de l'harmonisation progressives du droit privé, de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, a invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer. Le secrétariat de la CNUDCI est disposé à apporter son assistance technique et ses conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI, ou d'y adhérer, ainsi qu'à ceux qui ont commencé à modifier leur législation commerciale.

7. Les activités d'assistance technique entreprises par le secrétariat de la CNUDCI sont notamment les suivantes: organisation de missions d'information et de séminaires et participation à des conférences afin de faire connaître aux participants les textes de la CNUDCI et de leur expliquer comment les utiliser; évaluations de la réforme du droit afin d'aider les gouvernements, les organes législatifs et les autres institutions des pays en développement et des autres pays à modifier leur législation existante et à évaluer leurs besoins en matière de réforme du droit dans le domaine commercial; aide à la rédaction au niveau national de textes législatifs visant à appliquer les textes de la CNUDCI; fourniture aux

---

[19] Hambourg, 31 mars 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, p. 3; *documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), document A/CONF.89/13, annexe I.

[20] A/CONF.152/13, annexe.

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

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

[23] New York, novembre 2005, résolution A/RES/60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

organismes internationaux de développement, tels que le PNUD et la Banque mondiale, d'une assistance à l'utilisation des textes de la CNUDCI dans leurs activités et projets de réforme du droit; fourniture de conseils et d'assistance aux organisations internationales et à d'autres organisations, comme les associations professionnelles, les organisations d'avocats, les chambres de commerce et les centres d'arbitrage, pour l'utilisation des textes de la CNUDCI; et organisation d'activités de formation collective visant à faciliter l'application et l'interprétation, par les magistrats et les autres praticiens du droit, de la législation commerciale moderne fondée sur les textes de la CNUDCI.

A. Activités d'assistance technique

8. La participation du secrétariat et des experts de la CNUDCI aux activités d'assistance technique ci-après a été financée par les ressources du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Ces activités visent à promouvoir l'utilisation et l'adoption des textes de la CNUDCI, et dans certains cas à apporter une assistance à la rédaction de la législation transposant ces textes en droit interne:

a) Belgrade (18 et 19 juin 2005): séminaire sur le droit de l'insolvabilité tenu en coopération avec le Centre européen pour la paix et le développement, partenaire de l'Université pour la paix (12 participants);

b) Beijing (28-30 juin 2005): atelier international organisé par l'Université de science et de technologie et le Congrès municipal de Beijing pour examiner le nouveau projet de législation relatif aux projets d'infrastructure à financement privé (60 participants);

c) Le Caire (12 et 13 septembre 2005): participation à la conférence régionale "25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (100 participants);

d) Singapour (22 et 23 septembre 2005): participation à la conférence régionale célébrant le vingt-cinquième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le vingtième anniversaire de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (180 participants);

e) Minsk (13 et 14 octobre 2005): séminaire de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (110 participants);

f) Séoul (27 octobre 2005): séminaire de la CNUDCI sur le droit commercial international organisé par le Ministère de la justice et l'Association coréenne pour le droit commercial international (100 participants); Cheju Island, République de Corée (29 octobre 2005): conférence sur le droit commercial international organisée par l'Association coréenne pour le droit commercial international et l'Université nationale de Cheju (130 participants);

g) Genève (31 octobre-4 novembre 2005): symposium organisé par le Centre du commerce international CNUCED/OMC, intitulé “Les traités commerciaux multilatéraux et les économies en développement – améliorer le cadre réglementaire pour le commerce” (60 participants);

h) Charm el-Cheikh, Égypte (19-21 novembre 2005): conférence internationale sur le rôle capital des juridictions étatiques en matière d’arbitrage, organisée par le Centre régional du Caire pour l’arbitrage commercial international (150 participants);

i) Bratislava (23 et 24 janvier 2006): premier atelier intergouvernemental sur la médiation organisé par Conflict Management International et le Gouvernement du Royaume-Uni (45 participants);

j) Bogota (27-29 mars 2006): séminaire international sur l’insolvabilité et la passation de marchés parrainé par la CNUDCI, la Chambre de commerce de Bogota, le Ministère colombien des affaires étrangères, INSOL International, le Ministère colombien du commerce, de l’industrie et du tourisme, l’Université pontificale Javeriana de Bogota, l’Université du Rosaire et l’Universidad Externado de Colombia (300 participants).

9. La participation du secrétariat et des experts de la CNUDCI aux activités d’assistance technique ci-après a été financée en partie par les ressources du Fonds d’affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et en partie par les coorganisateurs:

a) Santa Cruz de la Sierra, Bolivie (27-29 juillet 2005): participation au forum international sur le droit commercial organisé par la Chambre d’industrie, de commerce et de services (80 participants);

b) Rio de Janeiro, Brésil (6-11 août 2005): conférences sur la CNUDCI au XXXIIe Cours de droit international du Comité juridique interaméricain de l’Organisation des États américains (45 participants);

c) Chiang Mai, Thaïlande (26-28 septembre 2005): atelier sur le droit de l’insolvabilité et des opérations garanties organisé conjointement avec le Bureau des affaires judiciaires du Ministère thaïlandais de la justice pour le Viet Nam, le Cambodge, le Myanmar et la République démocratique populaire lao (43 participants);

d) Cotonou, Bénin (21-23 février 2006): participation au séminaire du Centre du commerce international CNUCED/OMC sur la participation du Bénin aux traités commerciaux multilatéraux (25 participants);

e) Le Caire (22 et 23 mars 2006): quatrième Forum des Nations Unies sur le règlement en ligne des litiges, réuni sous les auspices du Centre régional du Caire pour l’arbitrage commercial international, en collaboration avec le Centre pour les technologies de l’information et le règlement des litiges de l’Université du Massachusetts (États-Unis), le Groupe d’experts de l’Organisation des Nations Unies sur le règlement en ligne des litiges, le Ministre des communications et des technologies de l’information, la Ligue arabe et la CNUDCI.

10. La participation des membres du secrétariat de la CNUDCI aux activités ci-après, lors desquelles des textes de la CNUDCI étaient présentés en vue de leur examen et de leur adoption ou utilisation éventuelles, a été financée soit par les

organisateurs soit par une autre organisation. Dans certains cas, elle a été financée en tout ou en partie par les ressources du budget ordinaire de l'ONU allouées aux frais de voyage:

a) Exposés sur les activités de la CNUDCI pour le cours d'études supérieures de droit commercial international parrainé par le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et l'Institut d'études européennes (Turin, Italie, 5 avril 2005);

b) Symposium sur les actualités récentes concernant Unidroit, Université de Loyola (Nouvelle-Orléans, États-Unis, 5-9 avril 2005);

c) Conférence sur les tendances en matière de droit international des sûretés (Berne, 6 mai 2005);

d) Session du Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit chargé d'élaborer un projet de convention sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire (Rome, 9-20 mai 2005);

e) Atelier sur les normes de droit commercial international à Oman organisé par le Programme pour le développement du droit commercial du Département du commerce des États-Unis (Muscat, 10 mai 2005);

f) Rencontre visant à débattre de l'achèvement de l'étude sur "L'insolvabilité et les droits des créanciers" dans le cadre du Rapport de la Banque mondiale sur l'Observation des Normes et des Codes (RONC) (Washington, 31 mai-2 juin 2005);

g) Huitième conférence biennale de l'International Federation of Commercial Arbitration Institutions sur les tendances en matière de droit international des sûretés (Washington, 3 et 4 juin 2005);

h) Atelier de l'OMC sur l'adhésion à l'Accord sur les Marchés Publics (Genève, 5-8 juin 2005);

i) Exposé sur l'arbitrage et le commerce électronique organisé par la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH (Belgrade, 15 juin 2005);

j) Conférence régionale africaine et arabe sur la sécurité des transactions électroniques, la signature électronique et l'ICP (Tunis, 19-23 juin 2005);

k) Conférence sur la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Université d'été internationale 2005 (Internationaler Verband der Tarifeure) (Sopron, Hongrie, 23 et 24 juin 2005);

l) Soixantième anniversaire de la victoire alliée, de l'Organisation des Nations Unies et du droit international (Moscou, 26-29 juin 2005);

m) Assemblée des États membres de l'Organisation internationale de droit du développement (IDLO) (Rome, 28 juin 2005);

n) Groupe de travail chargé de l'élaboration d'une nouvelle loi sur l'arbitrage et la médiation (Ljubljana, 31 août-2 septembre 2005);

o) Septième Forum CEFACT-ONU (Lyon, France, 24-29 septembre 2005);

p) Exposés sur la passation de marchés et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Conférence régionale 2005 de l'Association internationale du barreau (Prague, 26 septembre-2 octobre 2005);

q) Réunion annuelle du groupe de l'Association des juristes slovènes chargé d'examiner les questions législatives relatives à la conciliation/la médiation et l'arbitrage (Portoroz, Slovénie, 14-16 octobre 2005);

r) Quatre-vingt-dix-neuvième session du Groupe de travail des transports routiers de la CENUE (Genève, 16-18 octobre 2005);

s) Exposé sur le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité pour le Programme de formation juridique continue de l'Association du barreau new-yorkais: "International Insolvency: What you need to know about representing multi-national companies" (New York, 28 octobre 2005);

t) Rencontre entre la CNUDCI, Unidroit, la Conférence de La Haye de droit international privé, le FMI et la Banque mondiale sur une éventuelle coordination des activités d'assistance technique (Washington, 1er et 2 novembre 2005);

u) Séminaire sur les sûretés, faculté de droit de l'Université de Tokyo; présentation de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises aux membres du Ministère de la justice; séminaire sur les sûretés à l'intention de la Banque du Japon (Tokyo, 1er et 2 novembre 2005);

v) Exposé collectif sur le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à la 79e rencontre annuelle de la National Conference of Bankruptcy Judges (San Antonio, États-Unis, 3 et 4 novembre 2005);

w) Conférence organisée pour célébrer le vingt-cinquième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Université de Pittsburgh (Pittsburgh, États-Unis, 4 et 5 novembre 2005);

x) Séminaire avancé de la CNUCED sur la gestion des différends en matière d´investissement (Washington, 3-11 novembre 2005);

y) Conférence "Paris, place de droit" sur la convergence des systèmes juridiques (Paris, 15-17 novembre 2005);

z) Exposé sur la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux lors de la manifestation qui s'est déroulée en marge du Sommet mondial sur la société de l'information (Tunis, 16-18 novembre 2005);

aa) Séminaire de l'Association finlandaise d'arbitrage (Helsinki, 25 novembre 2005);

bb) Conférence sur l'élaboration d'une législation sur l'arbitrage commercial international organisée par le Comité aux affaires internationales et aux relations interparlementaires de la Chambre législative du Parlement, le Cabinet des ministres, la Chambre de commerce et d'industrie d'Ouzbékistan et l'Université d'économie mondiale et de diplomatie, en coopération avec le PNUD (Tachkent, 4-7 décembre 2005);

cc) Symposium organisé par le CIRDI, l'OCDE et la CNUCED sur l'arbitrage et la protection des investissements (Paris, 11-13 décembre 2005);

dd) Réunion de coordination avec Unidroit et la Conférence de La Haye de droit international privé (La Haye, 14 décembre 2005);

ee) Conférence sur les travaux de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique, Organisation Internationale de Droit du Développement (Rome, 16-19 décembre 2005);

ff) Séminaire sur les documents de transport, les droits d'action et le délai pour agir dans la perspective de l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], organisé par la délégation italienne au groupe de travail III de la CNUDCI (droit des transports) (Londres, 23 et 24 janvier 2006);

gg) Deuxième session du Comité consultatif d'Unidroit pour l'élaboration d'une loi type sur le leasing (Rome, 5-8 février 2005);

hh) Table ronde sur le projet de législation sur la médiation, parrainée par la Société financière internationale et le Ministère de la justice (Skopje, 10 février 2006);

ii) Colloque sur les mesures provisoires en matière d'arbitrage organisé par le Journal de droit international (Paris, 12-14 février 2005);

jj) Consultations, à la demande de la CENUE, sur un projet de protocole à la CMR relatif à l'échange de données informatisées (EDI) (Bruxelles, 27 février-2 mars 2006);

kk) Conférences sur le commerce électronique pour l'Université de Bologne (Bologne, Italie, 27 février-3 mars 2006);

ll) Conférence de l'Académie de droit européen sur les garanties de crédit internationales (Trèves, Allemagne, 9 et 10 mars 2006);

mm) Conférence sur les stratégies judiciaires pour l'application des lois égyptiennes sur les signatures électroniques, organisée par le Programme pour le développement du droit commercial du Département du commerce des États-Unis (Le Caire, 8 et 9 mars 2006).

11. La CNUDCI a également œuvré à l'utilisation et à l'adoption de ses textes en entretenant des relations avec les missions permanentes auprès de l'Organisation des Nations Unies à Vienne, Genève et New York, et en contactant directement les responsables compétents de certains États. En particulier, le secrétariat s'est employé activement à promouvoir l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

12. Les membres du secrétariat de la CNUDCI ont également mené un certain nombre d'activités à Vienne, ou y ont participé. Ces activités étaient notamment les suivantes:

a) Présentation des activités de la CNUDCI à l'Ordre des avoués finlandais (Suomalainen Lakimiesyhdistys) (8 avril 2005);

b) Présentation des activités de la CNUDCI à des étudiants de la Dickinson School of Law (Université de Pennsylvanie, États-Unis, 18 juillet 2005);

c) Présentation des activités de la CNUDCI à des juges de l'Institut national coréen de formation et de recherche judiciaires (25 juillet 2005);

d) Participation à un séminaire sur la réglementation du secteur financier et certaines opérations financières organisé par le service juridique du FMI et l'Institut du FMI (22 mars 2006).

13. Le secrétariat de la CNUDCI a fourni, depuis Vienne, une assistance à la rédaction de textes législatifs et d'autres types de conseils dans de nombreux cas, notamment les suivants:

a) Chine: conseils sur le projet de législation sur les projets d'infrastructure à financement privé pour la municipalité de Beijing;

b) Géorgie: conseils sur un projet de loi sur l'arbitrage fondé sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international;

c) Grèce: conseils sur un projet de législation sur l'insolvabilité internationale fondé sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale;

d) Macédoine: conseils sur un projet de loi sur la conciliation fondé sur la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale;

e) Malaisie: conseils sur un projet de loi sur l'arbitrage fondé sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international;

f) Pérou: conseils relatifs à la révision de la loi sur l'arbitrage;

g) Rwanda: assistance à l'International Law Institute pour la rédaction d'une législation commerciale pour le Rwanda (depuis mars 2006);

h) Serbie: assistance à la rédaction d'une loi sur la médiation (depuis 2004);

i) Slovénie: conseils sur la législation relative à l'arbitrage et la conciliation;

j) Organisation des télécommunications du Commonwealth: assistance à la rédaction d'un règlement d'arbitrage et de conciliation pour un centre de règlement des différends (depuis décembre 2004);

k) Commission économique pour l'Europe: conseils relatifs à la Convention TIR;

l) Commission européenne: commentaires techniques sur la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international dans le cadre de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

14. Depuis la dernière session, de nombreuses autres activités ont été organisées dans le cadre du vingt-cinquième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et du vingtième anniversaire de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, notamment en Égypte, à Singapour et à Pittsburgh (États-Unis d'Amérique), comme cela est indiqué aux paragraphes 8 et 10 ci-avant. Les travaux de la manifestation qui s'est tenue à Vienne en mars 2005 ont fait l'objet d'une édition spéciale du *Journal of Law and Commerce*.

B. Ressources d'assistance technique

15. De nombreux documents et publications élaborés par la CNUDCI jouent un rôle clef dans ses activités d'assistance technique, en particulier pour ce qui est de la diffusion d'informations sur ses activités et les textes qu'elle élabore. La CNUDCI développe actuellement ces ressources, afin de continuer de faciliter la diffusion d'informations et de veiller à ce que celles-ci soient actuelles et à jour.

a) CLOUT

16. La Commission souhaitera peut-être noter la poursuite du travail de collecte et de diffusion de la jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) réalisé dans le cadre du système établi en vertu d'une décision qu'elle avait adoptée en 1988. Ce système consiste à établir des sommaires de jurisprudence sur les décisions de justice et les sentences arbitrales concernant les textes de la CNUDCI, à conserver une version intégrale de ces décisions et sentences, et à mettre au point des outils d'analyse et d'aide à la recherche. Au moment où ces lignes sont écrites, 54 numéros du recueil de jurisprudence rendant compte de 604 affaires, relatives principalement à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, ont été préparés en vue de leur publication.

17. La Commission souhaitera peut-être également noter qu'une nouvelle version du moteur de recherche dans le recueil de jurisprudence est en cours d'élaboration, ce qui devrait faciliter la recherche des articles de jurisprudence publiés sur le site Web de la CNUDCI.

18. Le recueil de jurisprudence demeure un outil important pour l'ensemble des activités de formation et d'assistance technique entreprises par la CNUDCI et la diffusion à grande échelle de la jurisprudence en format papier comme en format électronique, dans les six langues officielles de l'ONU. Il favorise une interprétation et une application uniformes des textes de la CNUDCI en facilitant l'accès aux décisions et sentences de nombreuses juridictions. De nombreux centres d'arbitrage de par le monde se sont déclarés disposés à coopérer avec le secrétariat afin de publier les sentences concernant les textes de la CNUDCI dans le système CLOUT et dans le précis de jurisprudence.

19. Le recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, publié en décembre 2004, fait actuellement l'objet d'une révision visant à mieux uniformiser son approche et son style. La première version du recueil analytique de jurisprudence relatif à la Loi type sur l'arbitrage commercial international est en cours d'achèvement et sera bientôt publié.

b) Site Web

20. En juin 2005, le secrétariat a lancé son nouveau site Web. Disponible dans les six langues officielles de l'ONU, ce site contient tous les documents de la CNUDCI actuellement disponibles dans le Système de diffusion électronique des documents de l'ONU (Sédoc), ainsi que d'autres informations relatives aux activités de la CNUDCI.

21. Le nombre de visiteurs du site Web de la CNUDCI a été multiplié par trois depuis le lancement du nouveau site. Environ la moitié d'entre eux se dirigent vers les pages en anglais, un quart vers celles en français et en espagnol, le dernier quart allant aux pages en arabe, en chinois et en russe.

22. De nombreux outils sont ajoutés au site Web en permanence. Les améliorations actuellement envisagées comprennent des pages conçues spécifiquement pour l'assistance technique et des éléments dynamiques tels que, par exemple, un moteur de recherche pour le CLOUT (voir plus haut, par. 16).

23. Le secrétariat s'est également engagé dans une entreprise importante consistant à numériser, avec l'aide de la Bibliothèque Dag Hammarskjöld de New York et de la Bibliothèque des Nations Unies de Genève, tous les documents officiels de la CNUDCI publiés depuis la création de la Commission. Une fois numérisés, ces documents seront chargés sur le Sédoc et des liens y renverront depuis le site Web de la CNUDCI.

c) Bibliothèque

24. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI a été créée en 1979 à Vienne. Depuis cette date, elle est utilisée non seulement par les représentants de la CNUDCI et le personnel du secrétariat, mais également par le personnel des missions permanentes et celui des autres organisations internationales ayant leur siège à Vienne. Elle a également aidé les étudiants et universitaires de nombreux pays dans leurs recherches.

25. La collection de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI est axée principalement sur le droit commercial international et comporte 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 et d'autres organisations internationales, et des ressources électroniques (dont l'accès est restreint aux seuls utilisateurs internes). Depuis peu, une attention particulière est apportée à l'acquisition de nouveaux documents dans les six langues officielles de l'ONU.

26. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI tient un catalogue exploitable en ligne à usage général (OPAC), conjointement avec les autres Bibliothèques des Nations Unies de Vienne et avec l'appui technique de la Bibliothèque des Nations Unies de Genève. L'OPAC est accessible depuis la page du site Web de la CNUDCI consacrée à la bibliothèque.

d) Publications

27. Outre les documents officiels, la CNUDCI publie traditionnellement deux types de documents: d'une part, les textes de tous les instruments élaborés par la Commission, et d'autre part l'*Annuaire* de la CNUDCI.

28. Le secrétariat a mis au point une nouvelle identité visuelle (voir le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et l'*Annuaire* de la CNUDCI *2002*) pour les publications papier et électroniques, l'accent étant mis, de plus en plus, sur ces dernières. Un nouvel ouvrage récapitulant les informations essentielles relatives à la CNUDCI sera publié en 2006. Il comprendra un CD-ROM de tous les textes de la CNUDCI.

e) Annuaire de la CNUDCI

29. Conformément à la Résolution 2421 (XXIII) de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1968, la CNUDCI publie, depuis sa création, un *Annuaire* dont le but est de rendre ses travaux plus facilement disponibles. L'*Annuaire* de la CNUDCI est actuellement publié à la fois sur papier et sur CD-ROM dans quatre langues (anglais, espagnol, français et russe). Il comprend tous les documents de travail et les documents de la Commission d'une année donnée, ainsi que les comptes rendus de séance des parties de la session annuelle de la Commission consacrées à l'examen et à l'achèvement ou l'adoption d'un texte législatif.

30. Ces dernières années, l'augmentation régulière des activités de la CNUDCI a donné lieu à une augmentation proportionnelle du volume de l'*Annuaire*, et on a pu observer quelques retards de publication. La dernière édition publiée était la version anglaise de l'*Annuaire* 2002 (version papier et CD-ROM), qui comptait environ 700 pages. L'augmentation du volume de l'*Annuaire* a également eu pour conséquence une augmentation des coûts, en particulier pour ce qui est de la version imprimée.

31. La Commission souhaitera peut-être noter que le secrétariat adoptera désormais la démarche décrite ci-après en vue de réduire les coûts et les retards de publication de l'*Annuaire*. Elle souhaitera peut-être formuler des observations à cet égard:

i) Simplification des procédures de regroupement et de révision des documents. Il faut actuellement regrouper et réviser l'ensemble des documents, notamment pour que les notes de bas de page se suivent dans tout l'*Annuaire* et que les références soient cohérentes d'un document à l'autre. Cette façon de procéder pourrait être simplifiée de telle manière que l'*Annuaire* se présente plutôt comme un recueil de documents présentés dans la forme sous laquelle ils ont été publiés à l'origine (par exemple sous forme de document de travail ou de document de la Commission), ce qui permettrait de réduire la révision, la retraduction et la composition. Elle pourrait également permettre de publier l'*Annuaire* en chinois et en arabe;

ii) Incitation à la diffusion de l'*Annuaire*, y compris aux bibliothèques dépositaires, sur CD-ROM uniquement. Il pourrait être réalisable techniquement de créer un seul CD-ROM sur lequel figurent toutes les versions linguistiques de l'*Annuaire*.

f) Informations

32. Afin d'améliorer la disponibilité et l'actualisation des informations relatives à l'état et à l'élaboration des textes de la CNUDCI, des mesures ont été prises pour veiller à ce que des communiqués de presse soient publiés lorsque des formalités conventionnelles sont accomplies ou que des informations relatives à l'adoption d'une loi type sont reçues. Ces communiqués sont adressés par courrier électronique aux parties intéressées et publiés sur le site Web de la CNUDCI, ainsi que sur celui du Service de l'information de l'ONU à Vienne.

33. Le secrétariat envoie actuellement 1 500 demandes générales d'informations par an environ, celles-ci portant notamment sur les aspects techniques et la disponibilité des textes et documents de travail de la CNUDCI et des documents de

la Commission, et sur d'autres questions connexes. De plus en plus souvent, il est possible d'y répondre en consultant le site Web de la CNUDCI.

IV. Ressources extrabudgétaires

a) Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI

34. Pour la période considérée, des contributions ont été reçues de Singapour et du Mexique, que la Commission voudra peut-être remercier.

35. La capacité du secrétariat à exécuter la partie du programme de travail de la CNUDCI consacrée à l'assistance technique est tributaire de la disponibilité de ressources extrabudgétaires, les dépenses relatives aux activités d'assistance technique n'étant pas financées par le budget ordinaire.

36. Le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI appuie les activités d'assistance techniques menées au profit des membres de la communauté juridique des pays en développement; la participation des membres du personnel de la CNUDCI, en tant qu'orateurs, aux conférences où les textes de la CNUDCI sont présentés en vue de leur examen et de leur adoption éventuelle; et les missions d'enquête ayant pour but de procéder à des évaluations de la réforme du droit afin d'examiner la législation interne existante et d'évaluer les besoins des pays en matière de réforme du droit dans le domaine commercial.

37. La Commission voudra peut-être renouveler une fois encore son appel à tous les États, institutions et organes compétents des Nations Unies, organisations internationales et autres entités intéressées à contribuer au Fonds d'affectation spéciale, si possible sous forme de quotes-parts pluriannuelles, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de faire face à la demande croissante émanant de pays en développement et de pays à économie en transition.

b) Fonds d'affectation spéciale pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI

38. La Commission souhaitera peut-être rappeler que, conformément à la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que des personnes physiques et morales. Pour la période considérée, aucune contribution n'a été reçue.

39. Afin de permettre à tous les États Membres de participer aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail, la Commission souhaitera peut être de nouveau appeler les organismes des Nations Unies, les organisations et les institutions concernées, ainsi que les particuliers, à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour aider les pays en développement qui sont membres de la Commission à financer leurs frais de voyage.

40. 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.

V. Activités futures

41. Depuis son dernier rapport sur les activités d'assistance technique (A/CN.9/586 du 1er avril 2005), le secrétariat s'est concentré, notamment, sur l'élaboration d'un programme de travail pour ses fonctions étendues d'assistance technique.

42. Dans ce contexte, il organisera à Vienne, en avril, une rencontre avec les missions permanentes, afin de faire part aux États Membres des objectifs et de la planification de l'assistance technique et de renforcer les liens qui l'unissent aux missions permanentes à Vienne pour pouvoir déceler rapidement les besoins et nécessités à venir en matière d'assistance juridique dans les différentes régions du monde. Il étudie également la possibilité de renforcer ses partenariats avec d'autres institutions des Nations Unies et organisations internationales afin de continuer d'améliorer ses activités de renforcement des capacités.

43. Enfin, le secrétariat envisage de mettre en place un programme de renforcement des capacités portant sur certains instruments de la CNUDCI. Ce programme axé sur les pays en développement et les pays à économie en transition aurait pour objectif le renforcement des capacités locales à maîtriser et appliquer les textes de la CNUDCI.

VIII. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types (A/CN.9/601) [Original: anglais]

Ce document n'est pas reproduit ici. La liste actuelle peut être obtenue auprès du secrétariat de la CNUDCI ou être consultée sur Internet à l'adresse *www.uncitral.org*.

IX. COORDINATION ET COOPÉRATION

Note du secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international

(A/CN.9/598 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Harmonisation et unification du droit commercial international	5-63
A.	Contrats commerciaux internationaux	5-6
B.	Transport international de marchandises	7-14
C.	Commerce électronique et nouvelles technologies	15-34
D.	Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial	35-39
E.	Paiements internationaux	40-41
F.	Droit de la concurrence	42-43
G.	Facilitation du commerce	44-46
H.	Insolvabilité	47-59
I.	Gouvernance des entreprises	60-63

I. Introduction

1. Dans sa résolution 34/142 du 17 décembre 1979, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de soumettre à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international un rapport sur les activités juridiques des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, ainsi que des recommandations sur les mesures que devrait prendre la Commission 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 à diverses suggestions de la Commission tendant à 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 n'ayant pas encore fait l'objet de mesures d'unification mais où un effort dans ce sens semblait s'imposer.[2] Deux rapports de cette nature, l'un sur la passation de marchés (A/CN.9/598/Add.1) et l'autre sur les sûretés (A/CN.9/598/Add.2), ont été établis pour être soumis à l'examen de la Commission à sa trente-neuvième session, en 2006. Ces deux sujets ne sont donc pas traités dans la présente note.

3. Le présent rapport général, établi pour donner suite à la résolution 34/142 est le deuxième d'une série que le Secrétariat se propose de mettre à jour et le réviser chaque année pour l'information de la Commission. Il traite des activités entreprises par les organisations internationales, principalement depuis l'établissement du premier rapport (A/CN.9/584, mai 2005) et des documents connexes concernant le commerce électronique (A/CN.9/579) et l'insolvabilité (A/CN.9/580/Add.1) et est fondé sur les documents accessibles au public ainsi que sur les consultations entreprises avec les organisations énumérées ci-après. À moins que cela ne soit indispensable pour faciliter la compréhension d'un sujet déterminé, le présent rapport ne répète pas les informations figurant dans les documents précédents.

4. Sont décrites dans le présent rapport les activités des organisations suivantes:

a) Organismes et institutions spécialisées des Nations Unies

UIT	Union internationale des télécommunications
CEE-ONU	Commission économique des Nations Unies pour l'Europe
CESAP-ONU	Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie et le Pacifique
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 93-101.

[2] Ibid., par. 100.

b) Autres organisations intergouvernementales

BAsD	Banque asiatique de développement
APEC	Association pour la coopération économique dans la région Asie-Pacifique – Secrétariat du Commonwealth
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
CE	Commission européenne
Conférence de La Haye	Conférence de La Haye de droit international privé
OTIF	Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé
Banque mondiale	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
OMD	Organisation mondiale des douanes

c) Organisations non gouvernementales internationales

CTO	Organisation des télécommunications du Commonwealth
INSOL	International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals
AIB	Association internationale du Barreau
CCI	Chambre de commerce internationale
III	International Insolvency Institute

II. Harmonisation et unification du droit commercial international

A. Contrats commerciaux internationaux

Conférence de La Haye

5. La douzième session diplomatique de la Conférence de La Haye de droit international privé, tenue du 14 au 30 juin 2005 à La Haye, a adopté à l'unanimité une Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (la "Convention sur l'élection de for") dans les contrats internationaux entre entreprises. Cet instrument doit venir compléter la Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la "Convention de New York"). La Convention sur l'élection de for traite de questions comme l'obligation du tribunal choisi de connaître de l'affaire, l'obligation du tribunal non élu dans l'accord initial de surseoir à l'affaire ou de s'en dessaisir et l'obligation d'exécuter le jugement rendu par le tribunal choisi. Des règles spécifiques traitent également en détail de questions liées à la propriété intellectuelle et à l'assurance ainsi que des dommages et intérêts et de leur relation avec d'autres instruments. Un rapport explicatif au sujet de la Convention est actuellement en cours de préparation. Des consultations informelles sur la signature et la ratification de cet instrument se poursuivent.

Unidroit

6. Conformément à la recommandation du Conseil de direction d'Unidroit, les Principes relatifs aux contrats du commerce international figurent au programme de travail de l'Institut en tant que sujet permanent[3]. Après l'adoption de la quatrième édition des Principes (mai 2004), le Conseil de direction, à sa quatre-vingt quatrième session ((18-20 avril 2005), a provisoirement approuvé l'inclusion des sujets suivants dans une future édition: la restitution en cas de nullité du contrat, l'illégalité, la pluralité de créanciers et de débiteurs, les conditions et les cautions et garanties. Un nouveau groupe de travail doit tenir sa première session du 29 mai au 2 juin 2006 pour examiner l'inclusion de ces questions.

B. Transport international de marchandises

1. Transport maritime

OCDE

7. En septembre 2002, le Conseil de l'OCDE est convenu que des négociations sur un nouvel accord sur la construction navale devraient commencer afin d'examiner et traiter les facteurs qui faussent les conditions normales de concurrence dans ce secteur, en particulier les mesures d'aide publique, notamment des subventions, les coûts et les autres pratiques connexes. La date fixée pour l'aboutissement des négociations était fin 2005[4].

8. Des progrès substantiels ont été accomplis sur la définition des éléments clefs du projet d'accord, mais certaines difficultés sérieuses ont subsisté et, en septembre 2005, les représentants au Groupe spécial de négociation établi pour faciliter les négociations multilatérales sont convenus de faire une "pause" dans les négociations pour permettre aux parties de réfléchir sur leur position, de se consulter et d'observer l'évolution de la situation sur le marché et, le cas échéant, de reprendre les négociations lorsque leurs chances de succès seraient meilleures.

CNUCED

9. La CNUCED a continué de participer aux sessions du Groupe de travail III de la CNUDCI (Droit des transports), auquel elle a présenté des observations contenant une analyse technique des questions examinées et mettant en relief leurs incidences pour les pays en développement dans le contexte de l'élaboration d'une nouvelle convention internationale devant régir le transport des marchandises par mer ainsi que le transport multimodal comportant un trajet par mer.

---

[3] Pour de plus amples informations, consulter: http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm.

[4] L'OCDE a constitué un Sous-Groupe spécial de négociations en 2002 pour élaborer un nouvel Accord de construction navale, avec l'appui de tous les pays membres de l'OCDE et des principaux pays non membres ayant de grandes entreprises de construction navale. Source: Rapport annuel de l'OCDE 2004, disponible à l'adresse: http://www.oecd.org/dataoecd/28/49/31621929.pdf.

2. Transport terrestre

CEE-ONU

10. La Commission économique pour l'Europe de l'ONU travaille actuellement à l'élaboration d'un Protocole à la Convention relative aux contrats de transport international de marchandises par route (CMR)[5] faite à Genève le 19 mai 1956 (préparée par Unidroit) qui vise notamment à permettre l'utilisation de lettres de voiture électroniques. Le projet de protocole a été préparé par Unidroit. À sa quatre-vingt-dix-neuvième session, en octobre 2005, le Groupe de travail sur le transport routier (SC.1) a décidé de constituer un comité de rédaction pour finaliser le texte du protocole additionnel. Le comité de rédaction, composé de membres aussi bien d'Unidroit que de la CNUDCI, a été prié de préparer un nouveau projet qui puisse être adopté par le Groupe de travail à sa centième session, en octobre 2006, compte tenu des observations formulées oralement et par écrit par les membres du Groupe de travail et sans modifier quant au fond de la proposition d'Unidroit.

OTIF

11. L'OTIF s'emploie actuellement à élargir le champ d'application de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires du 9 mai 1980[6] et à l'harmoniser avec les autres textes applicables aux transports afin de rendre possible, à long terme, les transports ferroviaires directs de l'Atlantique au Pacifique sous un régime de droit uniforme. La nouvelle Convention, telle que modifiée par le Protocole de Vilnius (qui a été adoptée le 3 juin 1999 et qui devrait entrer en vigueur le 1er juin 2006), permettra un transport direct sous un régime juridique unique (règles uniformes régissant le contrat de transport international ferroviaire de marchandises) dès lors: a) que le lieu de prise en charge des marchandises, ou b) que le lieu de livraison désigné est situé dans un État partie à la Convention et que les parties au contrat en conviennent, par exemple en utilisant la lettre de voiture CIM. L'OTIF entreprendra de nouveaux travaux dès que le Protocole de Vilnius de 1999 sera entré en vigueur.

3. Transport fluvial

CEE-ONU

12. La Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (Convention CMNI),[7] adoptée lors d'une Conférence diplomatique organisée conjointement par la Commission centrale pour la navigation du Rhin (CCNR), la Commission du Danube et la CEE-ONU (Budapest, 25 septembre-3 octobre 2000), est entrée en vigueur le 1er avril 2005. À l'heure actuelle, six États y sont parties: Croatie, Hongrie, Luxembourg, République tchèque, Roumanie et Suisse. La Convention CMNI régit les responsabilités contractuelles des parties à un contrat de transport de marchandises par voies d'eau intérieures et limite la responsabilité du transporteur.

---

[5] Entrée en vigueur: 2 juillet 1961. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 399, p. 189. Source: http://www.untreaty.org.

[6] Entrée en vigueur le 1er mai 1985.

[7] Budapest, 22 juin 2001. Entrée en vigueur le 1er avril 2005.

4. Transport aérien

CNUCED

13. Le transport de marchandises par air est un domaine qui revêt une importance économique croissante pour les pays en développement. La responsabilité découlant du transport aérien de marchandises est régie par plusieurs instruments internationaux, à savoir la Convention de Varsovie de 1929[8], la Convention de Varsovie telle qu'elle était modifiée par un certain nombre de protocoles[9] et complétée par la Convention de Guadalajara de 1961[10] (collectivement appelés "Système de conventions de Varsovie") et la Convention de Montréal de 1999.[11] Du fait de la coexistence, au plan international, de différents régimes uniformes de responsabilité, le cadre juridique international applicable au transport de marchandises par air est particulièrement complexe. Dans ce contexte, la CNUCED a entrepris d'élaborer un guide sur les différents aspects du droit aérien afin d'aider les pays en développement à bien comprendre toute la complexité du cadre international de conventions relatives au droit aérien, y compris pour ce qui d'assurer une application uniforme de ces instruments au plan national. Ce guide est sur le point d'être publié et, le moment venu, sera disponible sur Internet à l'adresse://www.unctad.org/ttl/legal.

5. Transport multimodal

CEE-ONU

14. En raison des travaux menés par la CNUDCI dans le domaine du droit des transports, le Groupe de travail du transport intermodal et de la logistique de la CEE-ONU a ajourné ses travaux sur l'élaboration d'un régime de responsabilité civile applicable au transport intermodal européen et régissant tous les contrats de transport comportant un segment routier, ferroviaire, fluvial et maritime de courte distance. En février 2005, le Comité des transports intérieurs de la CEE-ONU a prié le Groupe de travail de continuer à suivre de près et d'évaluer toutes les activités entreprises dans ce domaine, en particulier par la CNUDCI, et de formuler, le cas échéant, des propositions de solutions au niveau paneuropéen. À la session qu'il a tenue les 29 et 30 mars 2006, le Groupe de travail a examiné une étude réalisée à la demande de la Commission européenne ainsi que la question de savoir s'il y avait lieu de poursuivre ses travaux pour rechercher une solution paneuropéenne qui établirait des règles uniformes régissant la responsabilité en matière de transport intermodal concentrant le risque sur une partie et prévoyant la responsabilité du

---

[8] Convention pour l'Unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsovie, 12 octobre 1929, entrée en vigueur le 13 février 1933. Disponible à l'adresse: http://www.icao.int/icao/en/leb/wc-hp.pdf.

[9] Les protocoles sont énumérés et disponibles à l'adresse: http://www.icao.int/eshop/conventions_list.htm#Conventions.

[10] Convention, complémentaire à la Convention de Varsovie, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel, Guadalajara, 18 septembre 1961, entrée en vigueur le 1er mai 1964. Disponible à l'adresse: http://www.icao.int/icao/en/leb/guadalajara.pdf.

[11] Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Montréal, 28 mai 1999, entrée en vigueur le 4 mai 2003. Disponible à l'adresse: http://www.icao.int/icao/en/leb/mtl99.pdf.

transporteur pour tous types de pertes, quel que soit le mode de transport utilisé au moyen de la survenance de ces pertes[12]. Ces activités seraient réalisées en étroite coopération avec les organisations intergouvernementales compétentes, comme la CEMT et la CNUCED, ainsi qu'avec les associations des secteurs concernés.

C. Commerce électronique et nouvelles technologies

APEC

15. En 2004, le Groupe directeur chargé des questions liées au commerce électronique (ECSG) a décidé de poursuivre ses activités afin de lutter contre le "spam". En 2005, il a mené une enquête sur l'approche suivie à cet égard par les différents pays et a examiné les possibilités de coopération avec le Groupe de travail sur les télécommunications et l'information de l'APEC. Un résumé préliminaire du questionnaire concernant le spam a été présenté à l'APEC en 2005[13].

16. Son but étant notamment de consolider la confiance dans le cybercommerce, l'ECSG étudie les moyens de mieux protéger le consommateur contre la fraude et les pratiques trompeuses lors de l'achat de biens et de services en ligne. Il a entrepris d'aider les pays à mettre en œuvre les Principes volontaires de protection du consommateur dans l'environnement Internet élaboré par l'APEC[14], qui portent notamment sur les questions comme la coopération internationale, l'éducation et la sensibilisation, l'initiative devant revenir au secteur privé, la publicité et la commercialisation en ligne et le règlement des plaintes des consommateurs.

17. En 2005, le Groupe directeur a fait savoir qu'il poursuivrait ses travaux sur la confidentialité de l'information, le spam, le commerce sans papier et les initiatives concernant la cyberéconomie et passerait en revue la structure du Stocktake of Electronic Commerce Activities, qui doit être un inventaire convivial pour les entreprises des activités liées au commerce électronique dont l'établissement a été entrepris sous l'égide de l'APEC.[15] L'APEC a, les 20 et 21 février 2006, convoqué un Colloque sur la protection de la confidentialité de l'information dans la cyberadministration et le cybercommerce[16] et, le 22 février 2006, une réunion du Sous-Groupe du commerce sans papier[17], ainsi qu'une réunion du Sous-Groupe chargé de la confidentialité des données[18], qui a eu lieu les 22 et 23 février 2006, au

---

[12] Voir également les documents ECE/TRANS/162, par. 104 et TRANS/WP24/101, par. 24 à 28, disponibles à l'adresse: http://www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html. Le rapport de la session de mars n'est pas encore paru.

[13] APEC Data Privacy Subgroup, Preliminary Summary of Member Economy Responses to the APEC Questionnaire on Spam (Doc No. 5), http://www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2005.html#DP51.

[14] Le texte peut être consulté à l'adresse: http://www.apec.org/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2004.html.

[15] Le texte peut être consulté en ligne à l'adresse: http://www.apec.org/apec/apec_groups/som_special_task_groups/electronic_commerce.html.

[16] http://www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2006.html#SYM.

[17] http://www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2006.html#PTS.

[18] http://www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/

Viet Nam. Le Deuxième E-Commerce Business Alliance Forum[19] doit se tenir à Qingdao (Chine) du 18 au 21 mai 2006 sous l'égide de l'APEC pour discuter d'un certain nombre de questions liées au cybercommerce et d'accélérer ainsi le processus de développement de ce type de commerce dans la région Asie-Pacifique.

Secrétariat du Commonwealth

18. Le Programme d'action du Commonwealth concernant le fossé numérique (CAPDD), (adopté en 2002), reflète le rapport et les recommandations du Groupe d'experts du Commonwealth sur les technologies de l'information et a pour but de faciliter l'accès des pays du Commonwealth aux TIC afin de combler le fossé numérique. En 2005, le CAPDD a mis l'accent sur le renforcement des capacités d'élaboration des politiques et de réglementations; la modernisation de l'éducation et des perfectionnements des compétences; l'encouragement de l'esprit d'entreprise pour promouvoir la réduction de la pauvreté; la facilitation de l'accès local et de la connectivité et la promotion des réseaux régionaux et du contenu local et les connaissances. Un certain nombre d'ateliers consacrés aux mesures à prendre pour combler le fossé numérique ont été convoqués en 2005[20].

19. Les travaux ont également porté sur la gouvernance électronique dans le contexte d'une bonne gouvernance. Une formation a l'élaboration des stratégies de réglementation de la cyberadministration et du cybercommerce a été organisée à l'intention des hauts responsables des services informatiques du secteur public, au niveau législatif, pour aider les pays membres à conceptualiser des stratégies de cybergouvernance et à adapter et adopter les lois types élaborées dans ce domaine par le Secrétariat du Commonwealth. Celui-ci a convoqué un Séminaire régional sur la cybergouvernance à l'intention des responsables du secteur public qui a eu lieu à Nicosie (Chypre) le 3 mars 2006[21].

20. Le Secrétariat du Commonwealth a publié un certain nombre d'ouvrages concernant le cybercommerce, et il y a lieu de citer, parmi certaines des publications les plus récentes[22], Trusted Services and Public Key Infrastructure (publié en 2001), Law in Cyber Space (publié en 2001), Electronic Governance and Electronic Democracy: Living and Working in the Wired World (publié en 2001), Breaking the

---

2006.html#DPM.

[19] http://www.apecsec.org.sg/apec/0506_E-CommerceForumExhibition.html.

[20] 18 mars 2005, Deuxième réunion de coordination concernant le Programme d'action du Commonwealth visant à combler le fossé numérique, tenue au Royaume-Uni, 14 juillet 2005, Atelier de consultation sur le Plan d'action du Commonwealth en vue de combler le fossé numérique (CAPDD), tenu à Malte, 11 août 2005, Plan d'action du Commonwealth tendant à combler le fossé numérique, réunion du Comité de coordination, tenue au Royaume-Uni; 5 septembre 2005, réunion concernant le Programme visant à combler le fossé numérique organisée par la CTO au Cameroun.

[21] Les participants ont examiné la théorie contemporaine de la gouvernance dans un monde numérique telle que reflétée dans la pensée novatrice dans divers pays. Ils ont également examiné l'application de la cybergouvernance à des juridictions spécifiques et les principes de cybergouvernance répondant aux besoins des gouvernements participants.

[22] Pour plus amples informations sur les publications, voir: http://publications.thecommonwealth.org/publications/html/DynaLink/cat_id/50/subcat_id/50/category_details.asp.

Digital Divide: Implications for Developing Countries (publié en 2003), Electronic Connectivity for Workgroups: Working in the Wired World (publié en 2005).

CE

21. Il ressort d'une étude réalisée en octobre 2003 par le Centre interdisciplinaire pour le droit et les technologies de l'information à la demande de la CE concernant les aspects juridiques et pratiques de l'application de la Directive de l'UE relative aux signatures électroniques[23] que la plupart des États membres de l'Union avaient assez systématiquement transposé en droit interne cette directive mais que les signatures électroniques au sein de l'UE étaient assez peu utilisées et que le nombre de prestataires de services agréés qui délivraient des certificats faisant foi variait d'un pays de l'Union à l'autre. Un nouveau rapport de 2006[24] est parvenu à la conclusion que la transposition de la Directive dans la législation des États membres avait assuré comme il convient la reconnaissance juridique des signatures électroniques et qu'il n'était pas nécessaire, à ce stade, de réviser la Directive. Néanmoins, étant donné les problèmes liés à la reconnaissance mutuelle des signatures électroniques et à l'interconnectivité qui avait entravé la libre circulation des signatures électroniques, la Commission a décidé d'organiser une série de réunions avec les États membres et les parties prenantes intéressées pour étudier des questions comme les différences dans l'intégration de la Directive en droit interne, les précisions à apporter à des articles déterminés de la Directive, différents problèmes techniques et de normalisation et les problèmes d'interconnectivité.

Conférence de La Haye

22. La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (Convention-Apostille) a pour but de faciliter la circulation des actes publics émanant d'un État partie à la Convention et devant être produit dans un autre État partie. Les formalités complexes et souvent coûteuses que suppose tout le processus de légalisation par une simple délivrance d'une apostille. La Recommandation 24 de la Commission spéciale de la Conférence de La Haye sur l'application pratique, entre autres, de la Convention-Apostille stipule que les États parties et le Bureau permanent doivent "s'employer à élaborer des méthodes permettant de générer des apostilles électroniques". À cette fin, la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Union of Latin Notaries ont organisé les 30 et 31 mai 2005 à Las Vegas (États-Unis) le "First International Forum on e-Notarization and e-Apostilles". Le Forum a confirmé à l'unanimité que l'esprit et la lettre de la Convention relative aux apostilles ne constituent pas un obstacle à l'utilisation des technologies modernes et que l'application et le fonctionnement de la Convention pourraient être encore améliorés par le recours à de telles technologies. À cette fin, le Forum a encouragé la mise au point et l'application de cyberapostilles et de cyber-registres.

---

[23] http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/security/electronic_sig_report.pdf.

[24] Rapport sur l'application de la Directive 1999/93/CE relative à un Cadre communautaire pour les signatures électroniques (2006) 120, final, 15 mars 2006 disponible à l'adresse: http://europa.eu.int/information_society/eeurope/i2010/docs/single_info_space/com_electronic_signatures_report_en.pdf.

23. Un deuxième Forum doit avoir lieu en 2006. En outre, la Conférence de La Haye et la National Notary Association des États-Unis ont décidé de lancer le programme pilote d'apostilles électroniques (ETRPP) qui a pour objet d'appuyer les efforts déployés pour mettre en œuvre un système efficace, bon marché, sûr et fiable d'apostilles électroniques (cyberapostilles) et de registres électroniques des apostilles (cyber-registres).

UIT

24. L'UIT, institution spécialisée des Nations Unies, a été investie d'un rôle de premier plan dans l'organisation du Sommet mondial sur la société de l'information[25]. La première partie du Sommet, tenu en deux étapes, a eu lieu à Genève du 10 au 12 décembre 2003, et il est intervenu à cette occasion un accord sur la Déclaration de principes[26] (qui énonce les principes sur lesquels doit être fondée la société mondiale de l'information) et sur un Plan d'action[27] (qui indique les mesures concrètes à adopter pour promouvoir la réalisation des objectifs de développement convenus au plan international, y compris les objectifs visés dans la Déclaration du Millénaire[28], en encourageant l'utilisation de produits, réseaux, de services et d'application fondés sur les technologies de l'information et de la communication (TIC) afin d'aider les pays à combler le fossé numérique). La deuxième étape du Sommet a eu lieu à Tunis du 16 au 18 novembre 2005[29] et a porté plus spécifiquement sur la mise en œuvre d'un programme d'objectifs

---

[25] Le Sommet mondial sur la société de l'information a pour principal objectif de promouvoir une société de l'information inclusive et équitable. À la suite d'une proposition du Gouvernement tunisien, l'Union internationale de télécommunication a adopté lors de sa Conférence de plénipotentiaires tenue à Minneapolis en 1998 une résolution concernant l'organisation du Sommet mondial sur la société de l'information et l'inscription de cette question à l'ordre du jour de l'Organisation des Nations Unies. Dans sa Résolution 56/183, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de charger l'UIT de préparer la réunion, en coopération avec les autres organisations et partenaires intéressés.

[26] http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html.

[27] http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/poa.html.

[28] Résolution 55/2, adoptée le 8 septembre 2000. La Déclaration peut être consultée à l'adresse: http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm.

[29] Le Rapport de la phase de Tunis du Sommet mondial sur la société de l'information tenu au Kram Palexpo de Tunis du 16 au 18 novembre 2005, est disponible à l'adresse: http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/9rev1.doc. Entre autres questions concernant la gouvernance de l'Internet, le Sommet a souligné l'importance et la nécessité d'une coopération internationale entre les services de répression pour combattre la cyberdélinquance, et la nécessité de promulguer la législation nécessaire pour faciliter les enquêtes et les poursuites concernant ce type de délinquance. Le Sommet a également abordé le problème du spam et a invité les parties prenantes à adopter une approche intégrée pour combattre le spam (voir par. 14 pour plus amples détails à ce sujet) et pour protéger le caractère confidentiel des informations et des données personnelles sur Internet. Le Sommet a réaffirmé sa volonté de transformer le fossé numérique en une possibilité numérique et de promouvoir un développement harmonieux et équitable pour tous. Le Sommet a reconnu que la gouvernance d'Internet va au-delà des noms de domaines et des adresses et fait intervenir des questions d'ordre public comme, entre autres, les ressources critiques que représente Internet, la sécurité et la sûreté d'Internet, les aspects de développement et les questions liées à l'utilisation d'Internet. Le Sommet a également évoqué d'autres questions à caractère social, économique et technique comme le prix, la fiabilité et la qualité du service.

réalisables d'ici à 2015 et la recherche d'un consensus sur les questions non réglées, et notamment la question de la gouvernance d'Internet[30].

25. Pendant cette deuxième phase du Sommet, le spam a été identifié comme une menace potentielle pour une utilisation optimale de l'Internet et du commerce électronique. L'UIT a entrepris un série d'activités pour combattre le spam, dans l'immédiat comme à plus long terme, pour promouvoir la coopération internationale, pour mettre au point des cadres de politiques harmonisées et pour encourager l'échange d'informations et de pratiques optimales et appuyer les pays en développement dans les efforts qu'ils déploient pour combattre le spam[31]. L'UIT a adopté deux résolutions[32] concernant le spam et a lancé en 2004 un site Web[33] qui contient des informations au sujet de plus de quarante pays qui ont adopté des mesures anti-spam.

26. Il ressort d'une étude établie en vue de la réunion thématique sur la cybersécurité qui a eu lieu dans le contexte du Sommet du 28 juin au 1er juillet 2005 que les organismes de réglementation n'ont pas adopté de mesures de fond pour combattre le problème posé par le spam. Cette étude a recommandé d'adopter des règles juridiques visant spécifiquement à combattre le spam et à aligner la législation existante concernant la protection des données et la lutte contre la fraude sur la réglementation anti-spam[34].

OCDE

27. En novembre 2004, l'OCDE a distribué un nouveau questionnaire pour rassembler des informations sur l'application actuelle des procédures d'authentification à travers les frontières dans les pays membres de cette organisation. Un rapport de synthèse[35] a été discuté lors de la réunion du Groupe de travail sur la sécurité et la confidentialité de l'information, en mai 2005, dans le but de trouver des exemples des services offerts et de l'application dans la pratique des

---

[30] Les paragraphes de la Déclaration de principes concernant la gouvernance de l'Internet peuvent être consultés à l'adresse: http://www.wgig.org/docs/Paragraphs_Internet_Governance.doc. Un Groupe de travail sur la gouvernance d'Internet a été établi pour élaborer une définition de travail de ce concept, identifier les questions d'ordre public en rapport avec la gouvernance d'Internet et élaborer un cadre commun concernant les responsabilités et rôles respectifs des gouvernements, des organisations internationales existantes et des autres instances ainsi que du secteur privé et de la société civile des pays en développement et des pays développés. Pour plus amples informations sur les activités du Groupe de travail, voir: http://www.wgig.org/.

[31] Des informations sur les initiatives prises par l'UIT pour combattre le spam se trouvent à l'adresse: http://www.itu.int/osg/spu/spam/intcoop.html.

[32] Assemblée mondiale sur la normalisation des télécommunications, Résolution 51 concernant la lutte contre le spam et Résolution 52 concernant la lutte contre le spam par des moyens techniques.

[33] www.itu.int/osg/spu/spam/law.html.

[34] "A Comparative Analysis of Spam Laws: The Quest for a Model Law", document d'information établi en vue de la réunion thématique de l'UIT sur la cybersécurité, disponible à l'adresse: http://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/docs/Background_Paper_Comparative_Analysis_of_Spam_Laws.pdf.

[35] Le rapport a été présenté au Groupe de travail sur la sécurité et la confidentialité de l'information à sa dix-neuvième réunion, en mai 2005, et a été rendu publique par le Comité pour les politiques de l'information, des services informatiques et des communications à sa quarante-neuvième session, en octobre 2005.

méthodes d'authentification à travers les frontières; d'identifier les obstacles actuels ou potentiels à l'utilisation transfrontière des signatures numériques du point de vue des fournisseurs et des usagers; et de déterminer dans quelle mesure les offres transfrontières de services d'authentification répondent ou non aux besoins. Le "Rapport sur l'utilisation des procédures d'authentification à travers les frontières"[36], publié en novembre 2005, a constaté que la situation en ce qui concerne l'authentification évoluait dans un sens positif dans le secteur public et, de manière générale, qu'aucune discrimination n'était appliquée aux signatures et services étrangers. Il a été constaté en outre que l'infrastructure publique clef était devenue la méthode d'authentification privilégiée. Néanmoins, le rapport a constaté également que l'interconnectivité continuait de susciter des problèmes par suite de l'absence de reconnaissance des services étrangers d'authentification et de l'absence d'acceptation des certificats émis par d'autres entités. Le rapport a recommandé l'élaboration de lignes directives ou de pratiques optimales pour faciliter l'interconnectivité ainsi que la mise en place d'un cadre afin de déterminer les conditions auxquelles devaient répondre les méthodes d'authentification et les initiatives à prendre pour promouvoir l'utilisation de ces méthodes.

28. Le 8 mars 2006, l'OCDE a organisé un Atelier sur l'avenir d'Internet.[37] Cet atelier, qui a rassemblé des décideurs, des universitaires et des représentants d'organisations du secteur privé et d'organisations de la société civile, avait pour but de discuter des tendances qui dicteront l'avenir d'Internet, d'étudier les différentes approches – techniques, réglementaires et économiques – qui ont été ou qui peuvent être suivies pour créer de nouvelles fonctionnalités et rehausser la confiance dans l'Internet, de promouvoir l'expansion continue d'Internet et d'identifier les possibilités de resserrement de la coopération internationale concernant des problèmes pressants.

CNUCED

29. À sa neuvième session (Genève, 22-25 février 2005), la Commission des entreprises, de la facilitation du commerce et du développement du Conseil du commerce et du développement a approuvé des recommandations concernant les stratégies de promotion du commerce électronique au service du développement. Elle a recommandé que la CNUCED entreprenne des recherches et des analyses axées sur la formulation des politiques concernant les incidences sur le commerce et le développement des divers aspects des technologies de l'information et des communications (TIC) et des cyberaffaires qui relèvent de son mandat, en faisant porter particulièrement son attention sur les secteurs qui intéressent principalement les pays en développement. Elle a également recommandé que la CNUCED poursuive ses travaux concernant, entre autres, la mesure des TIC, y compris le développement des capacités statistiques, pour permettre aux pays en développement de mesurer l'accès, l'utilisation et l'impact des TIC et de suivre les progrès accomplis dans ce domaine. Par ailleurs, elle a recommandé que la CNUCED contribue à renforcer les capacités dans les domaines des TIC au service du développement, particulièrement dans les secteurs commerciaux qui présentent

---

[36] http://www.oecd.org/dataoecd/1/CO/35809749.pdf.

[37] Pour plus amples informations, voir: http://www.oecd.org/document/24/0,2340,en_2649_34223_36375896_1_1_1_1,00.html.

un intérêt spécial pour les pays en développement ou dans les domaines dans lesquels les activités pourraient être considérablement améliorées grâce à l'utilisation des TIC, comme le tourisme, le développement des petites et moyennes entreprises (PME) et l'atténuation de la pauvreté.

30. La CNUCED publie chaque année son Rapport sur l'économie de l'information, qui a remplacé le Rapport sur le commerce électronique et le développement, publié chaque année depuis 2000. Ce rapport est consacré aux tendances des TIC, comme le cybercommerce et les cyberaffaires, ainsi qu'aux politiques et stratégies nationales et internationales de nature à améliorer l'impact de ces technologies dans les pays en développement. Ce rapport peut être consulté à l'adresse: www.unctad.org/ecommerce.

CEE-ONU

31. Lors d'un Forum sur le commerce sans papier dans les chaînes internationales d'approvisionnement tenu sous l'égide de la CEE-ONU les 20 et 21 juin 2005[38], le CEFACT de l'ONU a présenté son projet de révision de sa Recommandation 6 concernant la facturation dans le commerce international.[39] La recommandation révisée tend à éliminer les obstacles qui entravent la facturation électronique ainsi qu'à dégager une solution qui puisse aisément être utilisée aussi bien par les PME que par les grandes entreprises.

32. Plus récemment, il s'est tenu les 20 et 21 février 2006 un atelier sur les Normes internationales visant à stimuler le commerce sans papier[40]. Le but de cet atelier de deux jours était d'exposer les principales normes internationales concernant l'harmonisation et l'échange de documents et d'informations dans le commerce international, d'examiner les possibilités d'adapter et de mettre en œuvre ces normes aux échelons national et régional ainsi que d'échanger les informations et les pratiques optimales tirées des projets pilotes et initiatives entrepris dans la région. L'atelier avait également pour objet de formuler des recommandations concernant le développement, l'adaptation et l'application des normes mondiales dans la région de l'Asie et du Pacifique. Cette réunion a été suivie d'un atelier technique de trois jours sur le projet UNeDocs Data Modelling et sur la conception des documents, qui a eu lieu du 22 au 24 février 2006, à l'occasion duquel les participants ont élaboré un document commercial international répondant aux exigences spécifiques de la région.

CESAP-ONU

33. La CESAP a convoqué à Djakarta (Indonésie) les 7 et 8 avril 2006 un forum consacré aux "Partenariats public-privé pour le développement en Asie et dans le Pacifique" qui a été consacré, entre autres, aux questions liées au développement des technologies de l'information et de la communication[41].

---

[38] Pour plus amples informations concernant le Forum, voir: http://www.unece.org/forums/forum05/welcome.htm.

[39] Voir également: http://www.unece.org/cefact/forum_grps/tbg/projects.htm.

[40] http://www.unece.org/trade/workshop/malaysia_feb06/welcome.htm.

[41] http://www.unescap.org/LDCCU/PLUS.asp.

OMD

34. L'OMD doit organiser en avril 2006 à Bangalore (Inde) une conférence et une exposition sur les technologies de l'information à l'occasion desquelles seront abordées également les questions liées à l'externalisation (notamment la question de savoir si l'externalisation des tâches informatiques au profit d'un prestataire de services spécialisé peut aider les douanes à administrer une infrastructure TIC viable répondant aux besoins de toutes les parties prenantes, et en particulier du secteur privé) ainsi que les enseignements à tirer de l'expérience passée[42].

D. Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial

CTO

35. À sa quarante-cinquième réunion, tenue le 7 septembre 2005 à Yaoundé (Cameroun), le Conseil de la CTO a adopté un protocole portant création du Centre alternatif pour le règlement des différends[43] ("Centre ADR") afin d'aider à régler le nombre croissant de différends entre opérateurs commerciaux ainsi qu'entre opérateurs et organes de réglementation ou entre gouvernements et opérateurs dans les pays membres de la CTO. Le Centre ADR aide à résoudre les différends qui surgissent dans le domaine des TIC et il a mis en place à cette fin un Règlement de procédure[44] (qui prévoit une procédure de règlement en ligne ainsi qu'une procédure de règlement en bonne et due forme), un processus d'évaluation rapide objective[45] et un Règlement d'arbitrage[46]. La CTO a consulté la CNUDCI lors de l'élaboration de ces règlements.

CCI

36. À la suite de l'adoption, en 2004, d'un Guide sur les lignes directrices de la CCI en matière de procédures d'expertise, un projet de notes explicatives intitulées "Les expertises dans le cadre des procédures de règlement d'expertise des différends de la CCI"[47] a été soumis à la Commission d'arbitrage de la CCI[48] à sa réunion du 26 mai 2005. Ces notes porteront sur des questions comme le recours: i) à des experts dans le contexte des procédures d'arbitrage devant la CCI; ii) à des experts chargés d'établir les faits conformément au Règlement de la CCI concernant l'expertise; iii) à des experts en qualité de facilitateurs conformément aux règlements de l'ADR et du Dispute Board.

37. Lors de sa dernière réunion, tenue à Paris le 22 mai 2006, la Commission de l'arbitrage a été saisie d'une proposition de son Comité directeur tendant à créer:

---

[42] Pour plus amples informations, voir: http://events.wcoomd.org/aboutconfit2006india.htm.

[43] Pour plus amples informations concernant le Centre ADR de la CTO et les documents connexes, voir: http://www.cto.int/adr/index.php?page=about.

[44] http://www.cto.int/adr/adr_Adjudication_Service.doc.

[45] http://www.cto.int/adr/adr_ENE_Service.doc.

[46] http://www.cto.int/adr/adr_arbitration.pdf.

[47] http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id1785/index.html.

[48] La Commission comprend plus de 400 juristes internationaux désignés par les comités nationaux de la CCI dans 82 pays. Pour plus amples informations, voir: http://www.iccwbo.org/home/international_arbitration/commission.asp.

1) une équipe spéciale chargée de préparer des suggestions concernant les possibilités d'accélérer la procédure et d'en réduire le coût dans le cas d'arbitrage complexe, et 2) une équipe spéciale d'amiable compositeurs.

38. La CCI a récemment édité, dans le cadre de son Programme ordinaire de publications, un ouvrage intitulé "L'État parallèle et les procédures arbitrales"[49].

OMPI

39. En 2002, l'OMPI a publié un rapport intitulé "Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues" qui décrit l'impact des technologies numériques sur la propriété intellectuelle et en particulier sur le droit d'auteur et le système international de protection de la propriété intellectuelle[50]. Dans le cadre de cette étude, l'OMPI a entrepris une analyse des avantages et des inconvénients des procédures de règlement des différends en ligne[51].

E. Paiements internationaux

Conférence de La Haye

40. Dans le cadre de ses travaux d'élaboration d'une convention sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, la Conférence de La Haye de droit international privé a entrepris d'élaborer, avec l'assistance de la CNUDCI, des propositions en vue de l'adoption de dispositions à caractère neutre tendant à garantir que les autorités centrales puissent utiliser dans le contexte du futur instrument les communications les plus rapides pour permettre le virement des fonds dus au titre de l'obligation alimentaire et mettre en place des mécanismes financiers de protection contre les fluctuations de change. La nouvelle Convention de La Haye pourra tenir compte des besoins futurs, de l'évolution des systèmes nationaux et internationaux de recouvrement des aliments et des possibilités offertes par les progrès des technologies de l'information.

CCI

41. La Commission de technique et pratiques bancaires de la CCI[52] a entrepris de réviser les règles relatives aux lettres de crédit, les RRU 500, qui sont utilisées à l'échelle mondiale. Elle a étudié également la possibilité d'élaborer les pratiques communes en matière de forfaitage. Les questions examinées sont notamment celles de savoir s'il y a lieu d'autoriser l'actualisation d'un paiement à crédit, de conserver le concept de "délai raisonnable" pour l'acceptation ou le refus des documents et d'éliminer des règles l'expression "à première vue". Sur la base de ces discussions, le Groupe de la direction chargé des RRU publiera un nouveau projet révisé qui sera ensuite communiqué pour observations aux comités nationaux de la CCI. Ce projet,

---

[49] http://www.iccwbo.org/id3925/index.html.
[50] Disponible à l'adresse: http://www.wipo.int/copyright/ecommerce/en/ip_survey/ip_survey.html.
[51] OMPI, "Intellectual Property Rights on the Internet: A survey of the issues". WIPO/INT/02, décembre 2002, http://www.wipo.int/copyright/ecommerce/en/html/index.html.
[52] Pour plus amples informations, voir: http://www.iccwbo.org/home/banking/commission.asp.

avec ses révisions éventuelles, sera discuté lors de la prochaine réunion de la Commission bancaire qui doit avoir lieu en mai 2006 à Vienne. L'on espère que la révision finale des règles sera communiquée aux banques et aux praticiens en 2006. L'on trouvera de plus en plus d'informations sur les nouvelles règles dans le Bulletin trimestriel de la CCI, DCInsight, disponible à l'adresse: www.iccbooks.com.

F. Droit de la concurrence

CNUCED

42. Conformément à son mandat, tel qu'il a été réaffirmé par les différentes sessions de la Conférence (dont la dernière a débouché sur le Consensus de Sao Paulo, qui reflète les résultats de la onzième session de la Conférence, tenue en 2004) et de l'"Ensemble de principes et règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives" (les Principes équitables) adoptés par l'Assemblée générale en 2005, la CNUCED a continué d'aider les pays en développement, notamment les moins avancés, ainsi que les pays en transition à formuler, élaborer ou revoir leurs politiques et leurs législations en matière de concurrence et de protection du consommateur.

43. En novembre 2005, la cinquième Conférence d'examen des Principes équitables a adopté à l'unanimité une résolution dans laquelle, entre autres, elle a reconnu le rôle que la politique de la concurrence joue pour ce qui est d'encourager la compétitivité et l'esprit d'entreprise, de faciliter l'accès aux marchés et l'implantation sur les marchés, d'améliorer l'équité du système commercial international et de garantir que la libéralisation des échanges s'accompagne de progrès sur la voie du développement. La Conférence a également réaffirmé la validité des Principes équitables et a demandé à tous les États membres de n'épargner aucun effort pour en appliquer intégralement les dispositions. Les États ont été invités à resserrer la coopération entre leurs gouvernements et leurs autorités chargées de la protection de la concurrence, spécialement pour lutter contre les pratiques anti-compétitives au plan international, cette coopération revêtant une importance particulière pour les pays en développement et les pays en transition. Par ailleurs, la Conférence a recommandé à l'Assemblée générale de convoquer une sixième Conférence de révision sous les auspices de la CNUCED en 2010. Enfin, la Conférence est convenue qu'à sa prochaine session de novembre 2006, le Groupe intergouvernemental d'experts sur le droit et les politiques de la concurrence examinerait quatre aspects spécifiques de ces politiques afin de faciliter l'application intégrale des principes équitables: i) organes de réglementation sectorielle; ii) ententes; iii) coopération et mécanismes de règlement des différends; et iv) subventions.

G. Facilitation du commerce

CNUCED

44. La CNUCED contribue aux travaux réalisés dans les domaines de la formulation des politiques et de la recherche, de l'assistance technique et du renforcement des capacités, notamment en vue de promouvoir l'application de

normes communes dans les domaines des transports, des échanges et des douanes, particulièrement entre pays en développement. L'assistance technique et l'appui au renforcement des capacités fournis par la CNUCED ont pour but d'encourager la révision et la modernisation des cadres administratifs et juridiques pour les aligner sur les dispositions de différentes conventions internationales et d'autres instruments relatifs à la facilitation du commerce.

45. La CNUCED a aidé les pays en développement et les pays les moins avancés à se préparer à participer plus efficacement au processus de négociations commerciales multilatérales concernant la facilitation du commerce et des services logistiques. Elle a organisé des ateliers, des séminaires et des réunions de réflexion et a établi des notes techniques sur différents outils et mesures de facilitation du commerce, et a activement contribué au programme de réunions sur la facilitation du commerce organisé par l'OMC. Un certain nombre de représentants de pays en développement et de pays moins avancés basés à Genève ont participé aux ateliers susmentionnés afin de resserrer les relations de travail entre les représentations auprès de l'OMC à Genève et les services gouvernementaux qui, dans les capitales, s'occupent de la facilitation du commerce.

46. Enfin, la CNUCED prend une part active aux travaux du Groupe de travail des procédures du commerce international (ITPWG), organe subsidiaire du Centre des Nations Unies pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transport (CEFACT-ONU) concernant une révision de la Recommandation 12 intitulée "Mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime".

H. Insolvabilité

BAsD

47. En avril 2005, la Banque asiatique de développement (BAsD) a présenté son rapport final intitulé "Programme régional d'assistance technique (RETA) 5975: Promotion de la coopération régionale en matière de réforme du droit de l'insolvabilité", consacré à des questions comme l'insolvabilité transfrontière, les règlements à l'amiable informels et l'interface entre le droit de l'insolvabilité et celui des opérations garanties.

48. Ces travaux de la BAsD ont débouché sur des consultations avec les établissements bancaires membres de l'Asian Bankers Association (ABA), en 2005, afin de discuter d'un projet d'accord type concernant la restructuration des sociétés élaboré par des consultants du programme RETA. En octobre 2005, cette Association a officiellement adopté une série de lignes directrices concernant les règlements à l'amiable informels et a approuvé un accord type relatif à la restructuration des sociétés qui puissent utiliser les institutions financières de toute la région. L'association a également publié un document directif intitulé "Providing the Legal and Policy Environment to Support Effective Informal Workout Regimes in the Asia-Pacific Region" dans lequel elle a recommandé: a) l'adoption d'un régime rapide de règlements à l'amiable; b) la promulgation de lois prévoyant une liquidation volontaire ou une administration volontaire par les créanciers; c) la promotion d'un ou de plusieurs centres régionaux de règlements par arbitrage des différends transfrontières; d) le renforcement de la coopération et de l'assistance

transfrontière dans les affaires d'insolvabilité; et e) l'adoption de mesures visant à renforcer les capacités institutionnelles.

INSOL

49. L'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL) prépare actuellement plusieurs publications qui doivent paraître au cours des deux années à venir:

a) Le financement dans les procédures d'insolvabilité. Cette publication, qui doit être lancée en mai 2006, contiendra 12 chapitres concernant la situation en Afrique du Sud, en Allemagne, en Australie, au Brésil, au Canada, aux États-Unis d'Amérique, à Hong Kong, en Inde, au Japon, aux Pays-Bas, en Pologne et au Royaume-Uni. Chaque chapitre exposera les différentes procédures d'insolvabilité existantes, indiquera dans quelle mesure les prêteurs peuvent fournir un financement aux sociétés insolvables, et abordera différentes questions connexes comme la constitution de sûretés, le privilège des nouveaux prêteurs et le rôle du processus judiciaire; et

b) Un projet du Groupe de prêteurs de l'INSOL relatif aux dérivés de crédit. L'INSOL a entrepris un projet pour donner aux praticiens de l'insolvabilité et aux autres spécialistes intéressés des indications sur les questions liées à l'impact des dérivés de crédit sur les procédures de redressement. Cette publication aura pour objectif de susciter une prise de conscience accrue des questions qui se posent et de les faire mieux comprendre et d'offrir un cadre de référence pour les praticiens de la restructuration. L'avant-projet est achevé et l'INSOL espère que cette publication pourra être distribuée en septembre 2006.

50. Plusieurs autres projets sont actuellement à l'examen. Ces projets concernent notamment une publication sur les transactions garanties, les questions liées au droit de l'insolvabilité dans la région asiatique et la négociation de créances douteuses.

Banque mondiale

51. À la fin de 2005, les services de la Banque mondiale ont achevé l'élaboration des Principes et Directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, utilisés depuis 2001 pour évaluer les procédures d'insolvabilité et les droits des créanciers dans les différents pays sous forme de Rapports sur le respect des normes et codes (RRNC), qui sont publiés pour observations sur le site web de la base de données mondiales sur le droit de l'insolvabilité (GILD) de la Banque mondiale.

52. Les consultations qui se sont poursuivies entre la Banque mondiale, le Secrétariat de la CNUDCI et le Fonds monétaire international ont permis: a) d'assurer la cohérence entre les Principes et Directives de la Banque mondiale, d'une part, et le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et le projet de Guide législatif de la CNUDCI sur les transactions garanties, d'autre part; b) l'élaboration d'une norme internationale unifiée en matière de droit de l'insolvabilité; et c) l'élaboration d'une méthodologie d'évaluation pour les RRNC. Les perspectives complémentaires des Principes et Directives et du Guide législatif constituent d'importants points de référence pour les pays qui souhaitent évaluer et renforcer leur droit de l'insolvabilité et leur régime de protection des droits des créanciers conformément aux normes et bonnes pratiques généralement reconnues.

Étant donné le consensus international sur les pratiques optimales qui est reflété dans les Principes et Directives de la Banque et dans les recommandations qui font partie du Guide législatif de la CNUDCI, les services de la Banque et du Fonds recommanderont à leurs Conseils d'administration respectifs de reconnaître ces principes et recommandations comme la norme unifiée applicable en matière de droit de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers aux fins de l'initiative de la Banque et du Fonds concernant les normes et codes. Les évaluations des procédures d'insolvabilité et de la protection des droits des créanciers figurant dans les RRNC seront menées sur la base de cette norme unifiée.

53. S'agissant des cadres institutionnels de l'insolvabilité, la Banque mondiale a organisé en 2003 et 2004 des Forums mondiaux destinés à encourager, entre les juges qui supervisent les affaires d'exécution commerciale et d'insolvabilité, l'instauration d'un dialogue devant aider la Banque mondiale à produire un Guide des pratiques des tribunaux d'insolvabilité. Un nouveau forum est prévu pour 2006.

AIB

54. En mai 2005, la Section de l'insolvabilité, la restructuration et les droits des créanciers ("SIRC") et le Conseil de l'AIB ont manifesté leur appui au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

55. Cette section de l'AIB a créé trois nouvelles sous-commissions chargées respectivement de la législation relative à l'insolvabilité, de la réforme et de l'harmonisation des lois; de la protection des droits des créanciers; et de la réorganisation et des règlements à l'amiable. Comme la pratique internationale en matière d'insolvabilité ne manquera pas de continuer d'évoluer au cours des années à venir, il se peut que d'autres sous-commissions soient créées.

56. Outre qu'elle sera chargée de suivre l'évolution des lois nationales relatives à l'insolvabilité dans les différents pays du monde et d'en rendre compte, la Sous-Commission de la législation sur l'insolvabilité et de la réforme et de l'harmonisation des lois aura pour mission de coordonner: i) la fourniture de services d'experts lors des réunions de travail de ces organismes mondiaux; ii) la présentation d'exposés lors des programmes et colloques organisés par ces organes; iii) les consultations; et iv) la rédaction d'observations concernant les projets de réforme des lois. Toutes les activités intéressant la CNUDCI seront coordonnées directement et supervisées par le Service de liaison avec la CNUDCI de la SIRC.

57. La Sous-Commission sur la protection des droits des créanciers a centré son attention sur les questions présentant un intérêt pour les fournisseurs et les prêteurs privilégiés et non privilégiés dans les affaires de liquidation et de réorganisation, notamment pour ce qui est des recours, de la réalisation des sûretés, de l'octroi de crédits à des débiteurs insolvables ou en difficulté, du rang des créanciers et de la protection de la valeur des cautionnements. La Sous-Commission de la réorganisation et des règlements à l'amiable, pour sa part, s'occupera des restructurations formelles et informelles, notamment des questions liées aux négociations, à la proposition, à la sollicitation et aux différends concernant les plans de réorganisation, aux plans de règlement à l'amiable, aux plans préétablis, aux procédures d'amiable composition, aux réorganisations accélérées et aux règlements autres que judiciaires.

III

58. L'III a décidé de créer un nouveau comité sur l'utilisation des procédures arbitrales dans les affaires d'insolvabilité. Elle a également entrepris de lancer un projet conjoint avec l'American Law Institute (ALI) pour faciliter l'approbation et l'acceptation au plan international des Principes de coopération dans les affaires transnationales établis par l'ALI.

OCDE

59. La cinquième réunion du Forum sur la réforme du droit de l'insolvabilité en Asie (FAIR), organisée par l'OCDE en coopération avec l'APEC, l'Agence australienne pour le développement international (AusAID), la Banque asiatique de développement, la Banque mondiale et le Gouvernement japonais, doit avoir lieu à Beijing (République populaire de Chine) les 27 et 28 avril 2006.

I. Gouvernance des entreprises

BERD

60. En 2005, la BERD a mené à bien une évaluation de l'efficacité et de l'impact dans la pratique de la législation relative à la gouvernance des entreprises dans les 27 pays de l'Organisation. Cette initiative avait pour but de déterminer comment les lois relatives à la gouvernance des entreprises sont appliquées ainsi que d'évaluer l'efficacité des mécanismes permettant aux actionnaires minoritaires d'obtenir la divulgation d'informations sur l'activité de l'entreprise et de former un recours en cas de violation de leurs droits. Les résultats de cette évaluation ont été publiés dans le Rapport sur la transition 2005 et seront exposés en détail dans l'édition du printemps 2006 de la publication intitulée "Le droit en transition". Les résultats des précédentes enquêtes sur les indicateurs juridiques (concernant notamment le régime de l'insolvabilité et le respect des droits des actionnaires) peuvent être consultés sur le site web de la BERD[53].

OCDE

61. Le Groupe directeur de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises est chargé de coordonner et de guider les activités de l'Organisation concernant la gouvernance des entreprises et les aspects connexes liés à leur administration des entreprises. Pour une large part, les activités concernant la gouvernance des entreprises dans des pays non membres sont réalisées par le biais de tables rondes régionales. Les tables rondes régionales qui ont eu lieu en Eurasie, dans le Sud-Est de l'Europe et en Amérique latine en 2005 et 2006 ont porté, entre autres, sur la réforme et l'application des lois relatives à l'administration des entreprises. La septième Table ronde sur la gouvernance des entreprises en Asie, en septembre 2005, a porté notamment sur: i) la gouvernance des établissements bancaires, ii) un bilan des progrès accomplis sur la voie de la réforme des politiques depuis la publication du Livre blanc pour l'Asie de 2003; iii) le rôle des conseils d'administration dans la

---

[53] http://www.ebrd.org.

mise en œuvre des Principes de gouvernance des entreprises élaborés sous l'égide de l'OCDE; et iv) la gouvernance des entreprises étatiques.

62. En avril 2005, l'OCDE a approuvé les Lignes directrices concernant la gouvernance des entreprises étatiques, qui constituent le premier cadre international de référence qui ait été élaboré pour aider les gouvernements à évaluer comment ils s'acquittent de leurs responsabilités d'actionnaires des entreprises étatiques. Ces Lignes directrices n'ont pas de caractère contraignant et complètent les Principes de gouvernance des entreprises de l'OCDE.

63. En 2005, l'OCDE a également publié des monographies concernant les pratiques optimales de gouvernance des entreprises en Amérique latine, qui portaient plus particulièrement sur les mesures adoptées par huit sociétés brésiliennes, colombiennes et péruviennes pour améliorer leurs pratiques de gouvernance. Sur la base de l'expérience de ces sociétés, le rapport contient des solutions et des conseils pratiques que pourraient suivre d'autres entreprises latino-américaines qui envisagent de réformer leurs structures de gouvernance.

(A/CN.9/598/Add.1)

Note du secrétariat sur les travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Résumé des travaux des organisations internationales concernant les marchés publics	5-59
	A. Marchés en général et marchés électroniques	5-41
	1. Organisation mondiale du commerce	5-9
	2. Banques multilatérales de développement	10-22
	3. Afrique	23-28
	4. Asie	29-31
	5. Commission européenne	32-37
	6. Amérique latine	38-41
	B. Transparence et lutte contre la corruption dans la passation de marchés	42-48
	1. Instruments internationaux: Convention des Nations Unies contre la corruption	43-45
	2. Autres initiatives	46-48
	C. Passation de marchés dans le contexte de l'efficacité de l'aide	49-59
	1. Établissement de diagnostics	50-54
	2. Autres efforts d'harmonisation	55-56
	3. Relation avec les activités du Groupe de travail	57-59

I. Introduction

1. La présente note contient un résumé des travaux législatifs concernant les marchés publics que différentes organisations internationales ont entrepris au cours de l'année écoulée ou prévoient d'entreprendre prochainement[1]. Elle n'entend pas être exhaustive mais simplement mettre en relief les travaux des différentes organisations qui peuvent avoir des incidences pour le Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI (ci-après dénommé le "Groupe de travail").

2. Sur la base des informations fournies dans la présente note, la Commission et/ou le Groupe de travail voudra peut-être étudier les domaines dans lesquels les efforts menés actuellement par le Groupe de travail pour réviser la Loi type de la CNUDCI de l994 sur les marchés de biens, de travaux et de services (ci-après dénommée la "Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) pourraient compléter ceux des autres organisations et identifier les stratégie de coopération et de coordination à suivre. La Commission voudra peut-être aussi donner des instructions au Groupe de travail quant aux questions que celui-ci devrait examiner, outre celles qui sont inscrites à son ordre du jour, soit dans le contexte du projet en cours, soit séparément le moment venu.

3. Les travaux législatifs menés par les organisations indiquées ci-après sont décrits dans le présent document sur la base des informations publiquement disponibles et des renseignements reçus par le secrétariat de la CNUDCI en réponse aux demandes que celui-ci a adressées à ses organisations:

APEC	Association de coopération économique Asie-Pacifique
BAfD	Banque africaine de développement
Banque mondiale	
BAsD	Banque asiatique de développement
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
BID	Banque interaméricaine de développement
BSAIO	Bureau des services d'achats interorganisations
CCI	Centre de commerce international
CE	Commission européenne

[1] Les "travaux législatifs" résumés dans la présente note englobent non seulement les activités de formulation de règles mais aussi la préparation de documents non contraignants, comme lignes directrices et notes explicatives, concernant la passation de marchés publics relevant de la Loi type de la CNUDCI de 1994 sur la passation de marchés de fournitures, de travaux et de services. En conséquence, les travaux législatifs de certaines des organisations mentionnées dans la présente note dans des domaines expressément exclus ou ne devant pas être couverts par la Loi type, comme les marchés de défense (voir le par. 2 de l'article premier de la Loi type), les concessions de travaux publics, les partenariats publics et privés et les projets d'infrastructure à financement privé, n'ont pas été abordés dans le résumé de la présente note. (Pour les travaux législatifs menés dans ces domaines, voir en particulier, sur le site web de la CE concernant les marchés, http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/dpp_en.htm et http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm). Sont également exclus de la présente note les accords bilatéraux et régionaux de libre-échange récemment conclus ou en cours de négociation, lesquels, bien que traitant de questions liées à la passation de marchés visé par la Loi type, sont conclus par des pays ou des blocs de pays à titre individuel et sortent par conséquent du cadre des activités législatives d'une organisation internationale quelconque.

CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
COMESA	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États américains
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONUDC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine
UNDG	Groupe des Nations Unies pour le développement

4. La présente note complète une note du Secrétariat exposant les activités actuelles des organisations internationales concernant l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, publiée sous la cote A/CN.9/598.

II. Résumé des travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics

A. Marchés en général et marchés électroniques

1. Organisation mondiale du commerce

5. Les activités que mène actuellement l'OMC en matière de marchés publics peuvent être rangées en deux grandes catégories:[2] i) le Groupe travail de l'OMC des règles de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) poursuit des négociations sur les marchés publics de services relevant de l'article XII de l'AGSC; et ii) au sein du Comité des marchés publics de l'OMC qui administre l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP), des négociations sont en cours en vue d'améliorer l'AMP, d'élargir au maximum son champ d'application à toutes les parties à l'OMC et d'éliminer les mesures et pratiques discriminatoires restantes, comme prévu par le paragraphe 7 b) et c) de l'article XXIV de l'AMP.

6. Les dernières négociations concernant les marchés publics de services relevant de l'article XIII de l'AGCS, en 2005, ont porté principalement sur une proposition concernant la structure d'une annexe à l'AGCS qui indiquerait les règles de procédure applicables aux marchés publics de services. Les questions soulevées au cours des négociations ont notamment porté sur la relation entre l'AGCS et l'AMP, la possibilité d'établir une distinction entre les biens et les services, les seuils et les éléments des règles de procédure[3].

---

[2] En ce qui concerne un troisième domaine, la transparence dans la passation de marchés publics, le Groupe de travail composé de tous les membres de l'OMC qui avait été chargé d'étudier cette question a mis fin à ses travaux. Voir la décision du Conseil général concernant le Programme de travail de Doha. (L'"Accord de juillet", à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/ dda_e/ draft_text_gc_dg_31july04_e.htm), du 1er août 2004, stipulant entre autres qu'il n'y aura pas de négociation concernant la question de la transparence dans les marchés publics évoquée à Singapour.

[3] Voir le paragraphe 5 de l'"Annual report of the Working Party on GATS rules to the Council for Trade in Services", 2005, à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpserv_e.htm.

7. En ce qui concerne le deuxième domaine, l'attention de la Commission a été appelée sur la renégociation de l'AMP actuellement en cours dans une note du Secrétariat intitulée "Activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international" (A/CN.9/584, par. 55) (ci-après dénommée la "note du Secrétariat de 2005") soumise à la Commission à sa trente-huitième session, en 2005. Comme les négociations se déroulent dans le cadre de réunions informelles, l'on ne dispose que de peu d'informations touchant l'avancement et l'étendue de la renégociation de l'Accord, mais l'on a appris que les négociations portent principalement sur la simplification et l'amélioration des dispositions de l'AMP autres que l'accès aux marchés et qu'en 2005, le Comité a considérablement avancé sur la voie de la révision de ces dispositions. En outre, il y a eu aussi des discussions informelles sur les questions liées à ce qu'il est convenu d'appeler la couverture "horizontale" ainsi que sur différentes propositions de rédaction touchant les dispositions relatives à l'accès aux marchés[4]. La date fixée pour objectif pour l'achèvement des négociations conformément au paragraphe 7 de l'article XXIV est fin 2006[5].

8. Lors des sessions du Groupe de travail, plusieurs États membres de la CNUDCI ont mis en relief l'importance qu'il y avait à coordonner les approches de la rédaction de dispositions révisées ou de nouvelles dispositions de la Loi type et du Guide et les approches suivies dans le même domaine au sein de l'OMC. À cette fin, le Secrétariat a invité les représentants de l'OMC à assister aux sessions du Groupe de travail, ce qu'ils ont fait jusqu'à présent pour la plupart des sessions. En outre, des consultations informelles ont eu lieu entre le Secrétariat et les représentants de l'OMC. Toutefois, le caractère confidentiel de la renégociation de l'AMP risque de limiter l'efficacité de ces mesures.

9. La Commission voudra peut-être faire appel à l'OMC, directement et/ou par l'entremise des États membres de la CNUDCI qui participent au processus de négociations pertinent à l'OMC, en vue d'améliorer la coordination des activités des organes compétents de l'OMC et les travaux connexes du Groupe de travail de sorte que la révision de la Loi type de la CNUDCI et du Guide tienne compte du dernier état de ces questions à l'OMC.

2. Banques multilatérales de développement

10. Dans la note du Secrétariat de 2005, l'attention de la Commission était également appelée sur les activités d'un groupe de travail conjoint sur l'harmonisation de la passation des marchés publics par voie électronique (e-GP) (ci-après dénommé le "Groupe de travail conjoint"), créé au début de 2003 par la BAsD, la BID et la Banque mondiale, auxquelles se sont joints par la suite la BAfD, la BERD et le Fonds nordique de développement (voir A/CN.9/584, par. 50).

---

[4] Le Secrétariat a été informé que les révisions envisagées pourront porter, entre autres, sur les accords-cadres et les méthodes électroniques de passation de marchés, comme les enchères électroniques inversées.

[5] Voir les paragraphes 19 à 23 du "Report of the Committee on Government Procurement (décembre 2004-octobre 2005)", à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

11. Depuis sa création, le Groupe de travail conjoint a élaboré deux séries de règles qui doivent être appliquées dans les pays emprunteurs où les systèmes e-GP sont utilisés pour la passation de marchés en vue de projets financés par des banques multilatérales de développement: les exigences en matière d'utilisation des systèmes d'appels d'offres e-GP (octobre 2005) et les lignes directrices pour les enchères électroniques inversées (décembre 2005) analysées aux par. 14 à 20 ci-dessous[6]. Ces règles complètent, sans les remplacer, les normes actuellement applicables aux processus traditionnels de passation de marchés pour des activités financées par des banques multilatérales de développement. La préparation d'une autre série de règles concernant les achats électroniques est prévue[7].

12. Le Groupe de travail conjoint a également dirigé la préparation du Guide à l'intention des législateurs et des décideurs concernant l'authentification et les signatures numériques dans le droit du commerce électronique (décembre 2004) et le Guide pour l'activation acheteur-fournisseur (octobre 2005) ainsi que d'un certain nombre de documents concernant des aspects plus généraux du système e-GP visant à aider les pays où opèrent les banques multilatérales de développement à déterminer dans quelle mesure ils sont prêts à introduire des méthodes e-GP et à évaluer à quel stade ils sont parvenus concernant différents aspects de ce système[8]. Les guides et les documents sont accompagnés d'un déni de responsabilité où il est dit que les vues qui y sont exprimées ne représentent pas la position officielle des banques multilatérales de développement et que celles-ci ne garantissent pas l'exactitude des informations qui y figurent et n'acceptent aucune responsabilité à cet égard.

13. Ces documents ont été élaborés parce que les pays emprunteurs ont de plus en plus tendance à utiliser des systèmes électroniques de passation de marchés pour le traitement et la gestion des activités financées par les banques multilatérales de développement. La position générale reflétée dans lesdits documents est que les règles nationales concernant le système e-GP doivent être élaborées dans les pays emprunteurs d'une manière neutre du point de vue technologique de sorte qu'elles puissent suivre l'évolution des techniques. Les documents ont également été formulés sur la base d'une approche progressive de la mise en œuvre du système e-GP; autrement dit, certains moyens électroniques peuvent être utilisés pour des étapes sélectionnées du processus de passation de marchés et d'autres introduits peu à peu à mesure que les ressources, la législation ou la situation le permettent.

Exigences en matière d'utilisation des systèmes d'appels d'offres e-GP pour les marchés financés par des banques multilatérales de développement

14. Comme indiqué ci-dessus, les exigences en question ne sont pas censées définir la seule voie que peuvent suivre la mise au point et l'introduction d'un système e-GP: les banques multilatérales de développement, au contraire,

---

[6] Disponible au portail conjoint du système e-GP à l'adresse: http://www.mdb-egp.org/.

[7] Conformément à l'introduction des exigences concernant les appels d'offres électroniques.

[8] Ces documents, publiés dans la série "Strategic Electronic Government Procurement", sont notamment: "Introduction for Executives," "Standards framework" et "Roadmap" (tous datés de mars 2004), "Strategic Planning Guide" (juin 2004) et "Readiness Self-Assessment" (révisé en novembre 2004). Ces documents et tous les autres documents pertinents peuvent être consultés à travers le "Tool Kit" e-GP à l'adresse: http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.

encouragent les différents pays à définir la démarche qu'ils entendent adopter. Néanmoins, afin de garantir le respect de principes fondamentaux de bonne gouvernance comme transparence, non-discrimination, égalité d'accès, libre concurrence, obligation redditionnelle et sécurité des processus, ces exigences prévoient les normes et les caractéristiques auxquelles doivent répondre les systèmes e-GP pouvant être utilisés pour la passation de marchés de biens, de travaux, de services ou de services de consultants dans le cadre de projets financés par des banques multilatérales de développement. Les caractéristiques, normes et modalités de fonctionnement des systèmes nationaux e-GP dans les pays emprunteurs doivent par conséquent être évaluées pour déterminer si elles sont conformes aux exigences en matière d'utilisation de systèmes d'appels d'offres électroniques.

15. Les exigences en question ont été formulées en ayant en vue en particulier les coûts et la facilité de participation dans le système e-GP et la nécessité de préserver une traçabilité adéquate pour la vérification. Elles sont regroupées en 12 catégories, qui traitent notamment des questions ci-après:

Section 1 – Accès au système (accès libre, égal et sans entrave et normes techniques d'interconnectivité, de fiabilité et de sécurité);

Section 2 – Publicité (publication dans différents médias sans différence importante entre eux; ouverture du délai de présentation des soumissions à compter de la date de publication; et publication en ligne sur un site web accessible au public et connu au plan national, bien tenu et fonctionnel et garantissant un accès gratuit et sans entrave);

Section 3 – Correspondance, amendements, substitutions et éclaircissements (possibilité d'utiliser les moyens électroniques aussi longtemps qu'une correspondance sur papier est utilisée pour les soumissionnaires qui le demandent);

Section 4 – Constitution du dossier d'appels d'offres (intérêt à ne pas scinder le dossier en une partie électronique et une partie sur papier);

Section 5 – Présentation des soumissions dans les propositions (sur papier et sous forme électronique);

Section 6 – Cautions (elles sont généralement découragées dans le cadre du système e-GP);

Section 7 – Ouverture publique des plis (présence physique des soumissionnaires et affichage simultané sur un site web des informations dont il est donné lecture);

Section 8 – Évaluation des soumissions et attribution du marché (utilisation de systèmes automatisés d'évaluation préalablement approuvés, sous réserve de conformité aux critères et évaluations et aux principes d'économie, d'efficacité, d'égalité des chances et de transparence et à d'autres critères, débouchant sur l'attribution du marché au soumissionnaire le moins-disant);

Section 9 – Gestion de la sécurité de l'information (celle-ci doit être conforme aux normes internationales, compte tenu des pratiques optimales reconnues);

Section 10 – Authentification (reconnaissance et acceptation juridiques des certificats/signatures numériques émis dans le pays du soumissionnaire et adoption d'autres mesures visant à faciliter la participation au processus de fournisseurs non nationaux);

Section 11 – Frais de participation aux systèmes e-GP (participation généralement gratuite); et

Section 12 – Autres conditions (application des exigences en matière de passation électronique des marchés aux prestataires de services tiers qui, de même que leurs filiales, ne sont pas autorisés, afin d'éviter des conflits d'intérêts possibles, à soumissionner pour l'attribution des marchés conclus au moyen de systèmes e-GP administrés par eux).

16. Toutes les questions visées dans les sections 1 à 9 et dans la section 11 des exigences concernant les procédures électroniques d'appel d'offres sont prises en considération par le Groupe de travail de la CNUDCI. S'agissant de l'authentification (section 10), le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter des questions liées à l'authentification dans la Loi type mais plutôt dans le Guide pour l'incorporation, en y ajoutant des références appropriées aux instruments applicables de la CNUDCI et au cadre réglementaire qui doit exister dans l'État incorporant dans son droit interne la Loi type révisée.[9] S'agissant de la question des prestataires de services tiers et des risques de conflits d'intérêts visée dans la section 12 des exigences, la question a été soulevée au sein du Groupe de travail[10] mais elle n'a pas été inscrite en tant que point distinct à l'ordre du jour de celui-ci. Néanmoins, il est probable que le Groupe de travail l'abordera lorsqu'il examinera les méthodes et techniques de passations de marchés dans le cas desquels les risques de conflits d'intérêt sont particulièrement sérieux, comme dans le contexte des enchères électroniques inversées et des accords-cadres.

Lignes directrices pour les enchères électroniques inversées dans le contexte de marchés financés par des banques multilatérales de développement

17. Les lignes directrices pour les enchères électroniques inversées suivent de près les exigences relatives aux systèmes électroniques d'appels d'offres. Elles sont regroupées en 11 sections: i) préparation du système; ii) spécification du dossier d'appel d'offres; iii) publicité; iv) fonctionnement; v) correspondance, amendements et éclaircissements; vi) accès; vii) cautions; viii) évaluation des soumissions et attribution du marché; ix) gestion de la sécurité de l'information; x) authentification; et xi) autres. Les lignes directrices énoncées dans les sections iii), v), vi) (à l'exception des dispositions établissant des procédures spécifiques de présélection dans le contexte des enchères électroniques inversées), vii) et ix) à xi) reprennent, pour l'essentiel, les dispositions des exigences relatives aux systèmes électroniques d'appels d'offres, avec quelques modifications visant à les adapter aux systèmes d'enchères électroniques inversées. Les règles qui concernent spécifiquement ces dernières se trouvent principalement dans les sections suivantes, qui concernent notamment:

---

[9] Voir le rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session (A/CN.9/575), par. 34.

[10] Ibid., par. 54.

Section 1 – Préparation du système (voir le par. 19 ci-dessous);

Section 2 – Spécification du dossier d'appels d'offres (informations détaillées concernant les enchères inversées électroniques qui doivent être publiées en même temps que le dossier d'appels d'offres);

Section 4 – Fonctionnement (conditions qui doivent être réunies pendant les enchères, y compris anonymat, confidentialité, reclassement automatique des enchérisseurs, contenu et portée des informations devant être communiquées aux enchérisseurs et clôture des enchères);

Section 6 – Accès, les procédures spéciales ci-après devant être suivies si les enchères électroniques inversées sont précédées d'une présélection (ce type d'enchères ne doit pas être utilisé si la présélection a ramené le nombre d'enchérisseurs à un chiffre qui affecte sérieusement la concurrence et ne devant en aucune circonstance être utilisé lorsqu'il y a moins de trois enchérisseurs indépendants); et

Section 8 – Évaluation des soumissions et attribution du marché (l'attribution du marché à la suite d'enchères électroniques inversées doit être fondée exclusivement sur le prix lorsque le marché est attribué au soumissionnaire le moins disant; l'attribution du marché doit immédiatement être publiée en ligne avec indication du soumissionnaire retenu et du prix du marché, et aucune négociation n'est autorisée pendant le processus ou après la clôture des enchères).

18. À la différence des exigences en matière d'utilisation de systèmes électroniques d'appels d'offres, les lignes directrices relatives aux enchères électroniques inversées ne s'appliquent pas à l'acquisition de services de consultants. Il est dit dans l'introduction des lignes directrices, à propos des conditions générales d'utilisation de ce type d'enchères, que "les enchères électroniques inversées ne se prêtent pas à tous les types de marchés. De telles méthodes ne devraient être utilisées que pour des marchés dans le cas desquels les spécifications peuvent être déterminées avec précision, le prix est le seul élément déterminant et il existe un nombre significatif d'enchérisseurs potentiels. Il doit également être possible d'établir de façon transparente le classement relatif des enchérisseurs à toutes les étapes des enchères électroniques. Les aspects des soumissions qui impliquent une évaluation d'éléments non quantifiables ne doivent pas faire l'objet d'enchères électroniques. Il faut également veiller à ne pas appliquer de telles méthodes lorsque les marchés peuvent être particulièrement vulnérables à des manipulations ou à des pratiques anti-compétitives comme des ententes. Les marchés sur lesquels il n'existe qu'un nombre limité de soumissionnaires indépendants qualifiés ou les marchés dominés par un ou deux acteurs de grande envergure sont particulièrement exposés à ce danger."

19. Cet énoncé général est reflété dans les conditions concrètes d'utilisation des enchères électroniques inversées figurant dans la section consacrée à la "préparation du système", qui exigent en particulier:

a) Spécification précises du marché et adéquation de l'objet de l'achat aux fins desquelles il est destiné et règles applicables aux processus d'appels d'offres simples dans le cas desquels l'évaluation est fondée exclusivement sur le prix;

b) Définition claire et publicité de la portée des enchères et des critères d'évaluation appliqués à la sélection du soumissionnaire et à l'attribution du marché, valeur suffisamment élevée pour être commercialement intéressante pour des fournisseurs compétitifs mais pas si élevée qu'elle affecterait sensiblement la concurrence;

c) Vérification que toutes les conditions opérationnelles qui doivent être réunies pour l'ouverture des enchères ont été remplies;

d) Disponibilité d'informations appropriées au sujet des opérations passées sur le marché et de la structure du marché afin de surveiller et d'éviter le risque de manipulation du marché, de prix artificiellement bas ou d'entente; et

e) Utilisation des enchères électroniques inversées uniquement pour des marchés de valeur inférieure au seuil au-delà duquel doivent être lancés des appels d'offres internationaux, seulement pour des marchés dans le cas desquels le prix est le seul élément déterminant (c'est-à-dire généralement marchés de biens uniquement) et pas lorsque l'utilisation de cette méthode va à l'encontre du principe de la libre concurrence en évinçant un nombre significatif de soumissionnaires autrement qualifiés n'ayant pas accès aux technologies requises.

20. En conséquence, les lignes directrices préfèrent considérer les enchères électroniques inversées comme un cas particulier de passation électronique de marchés plutôt que comme des enchères électroniques, expliquant cette préférence par le fait que ce type d'enchères n'est approprié que dans le cas de marchés simples et bien définis dans le cas desquels le prix ou la quantité est l'élément déterminant, lorsqu'un processus d'analyse n'est pas requis pour l'évaluation des soumissions, comme cela est communément le cas pour les appels d'offres électroniques. En outre, se référant aux discussions qui avaient eu lieu avec le Groupe de travail de la CNUDCI, les lignes directrices ont adopté pour approche de considérer les enchères électroniques inversées comme une méthode de passation de marchés en soi plutôt que comme une phase facultative d'autres méthodes de passation de marchés.

21. Les questions concernant spécifiquement les enchères électroniques inversées évoquées dans les lignes directrices sont prises en considération par le Groupe de travail. Tel est notamment le cas des conditions d'utilisation de ce type d'enchères et des critères d'attribution du marché, éléments, qui, à leur tour, permettent de déterminer les types de marchés (biens, travaux et types des services) qui se prêtent à des enchères électroniques inversées et de déterminer si celles-ci doivent être considérées comme une méthode de passation de marchés en soi ou comme une phase facultative d'autres méthodes de passation de marchés. À sa trente-neuvième session, la Commission sera saisie des rapports du Groupe de travail sur ses huitième et neuvième sessions (A/CN.9/590 et A/CN.9/595 respectivement), qui contiennent un résumé de l'examen de ces questions par le Groupe de travail.

22. Pour d'autres activités conjointes des banques multilatérales de développement, voir les sections B et C ci-dessous.

3. Afrique

Banque africaine de développement

23. La BAfD a entrepris de réviser son Règlement relatif à la passation de marchés de biens et de travaux et de services de consultants afin de l'aligner sur ceux des autres banques multilatérales de développement. Elle participe également, en particulier par le biais des rapports d'évaluation des procédures nationales de passation de marchés et en apportant un appui à des organisations sous-régionales comme le Marché commun de l'Afrique orientale et australe et de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (voir les par. 24 à 28 ci-dessous), à différence d'initiatives législatives tendant à harmoniser et à moderniser les systèmes de marchés publics aux échelons national, sous-régional et régional.

Marché commun de l'Afrique orientale et australe

24. Dans la note du Secrétariat de 2005, l'attention de la Commission était également appelée sur les travaux entrepris par le Secrétariat du COMESA pour mettre en œuvre, avec l'appui de la BAfD, le projet de réforme de la passation des marchés publics (A/CN.9/584, par. 51). Les activités prévues dans le cadre de ce projet pour la période allant jusqu'en décembre 2004 ont été menées à bien, en particulier avec le lancement du système informatique de passation des marchés publics sur Internet[11] et l'élaboration des principes à suivre pour l'application de la Directive du COMESA de 2003 relative aux marchés publics[12, 13].

25. Le projet de réforme et de renforcement des capacités en matière de passation de marchés[14] qui a succédé au projet susmentionné a pour but de combler l'écart entre les objectifs visés et les objectifs atteints dans le cadre du projet précédent[15]. Ce nouveau projet, entre autres, envisage à long terme l'élaboration et la signature d'un accord régional sur la passation de marchés aux termes duquel les fournisseurs d'États membres du COMESA jouiraient du traitement national; en outre, aux termes de cet accort, il serait établi pour chaque catégorie de marchés des seuils au-dessus desquels les marchés devraient être passés par le biais de mécanismes régionaux. Il est proposé d'accorder une attention plus marquée au développement

---

[11] Site web régional centralisé (http://simba.comesa.int:90/cpis/), pour la collecte et la diffusion d'informations sur la passation de marchés dans les États membres du COMESA.

[12] La Directive a été adoptée par l'Autorité des chefs d'État ou de gouvernement du COMESA à sa huitième réunion au sommet, tenue à Khartoum en mars 2003. Elle recommande, entre autres, que la Loi type de la CNUDCI soit prise comme modèle pour la réforme des législations locales concernant la passation de marchés dans les États membres du COMESA.

[13] Les Principes, qui peuvent être consultés au Secrétariat de la CNUDCI, définissent les éléments essentiels du cadre juridique national et des arrangements institutionnels et organisationnels nécessaires à l'application de la Directive.

[14] Élaboré par le Secrétariat du COMESA conformément à la décision adoptée à la dix-septième réunion du Conseil des Ministres du COMESA (Kampala, 4-5 juin 2004).

[15] Le projet prévoit une poursuite de l'harmonisation des lois, règlements, procédures et pratiques concernant les marchés publics dans les États membres du COMESA de manière à aligner intégralement sur la directive pertinente du COMESA; le programme tend également à améliorer les systèmes locaux de passation de marchés, à renforcer les capacités locales des États membres du COMESA en matière de passation de marchés publics et à encourager une plus large utilisation du système d'information sur les marchés sur Internet.

des systèmes de passation électronique de marchés: le nouveau projet envisage de perfectionner le système informatique de passation des marchés publics afin d'offrir une gamme de services plus avancés, indépendamment de la simple publicité des avis de marchés, par exemple en permettant la présentation des soumissions en ligne.

26. Le Groupe de travail a établi des relations étroites avec le COMESA, lequel est régulièrement représenté à ses sessions[16]. En outre, le Secrétariat de la CNUDCI coopère avec le Secrétariat du COMESA sur différentes questions liées aux activités législatives et aux activités d'assistance technique.

Union économique et monétaire ouest-africaine

27. Dans la note du Secrétariat de 2005, l'attention de la Commission était appelée aussi sur le Programme de modernisation et de réforme des marchés publics entrepris par l'UEMOA, qui comporte deux phases: i) création des outils nécessaires aux réformes, et ii) leur mise en application (A/CN.9/584, par. 51).

28. La première phase a été achevée avec l'adoption par le Conseil des Ministres de l'UEMOA, en décembre 2005, des directives relatives à la passation des marchés publics, qui comprennent notamment des règlements applicables à l'administration locale. Le deuxième phase porte sur des activités de renforcement des capacités au niveau de la Commission de l'UEMOA (pour lui permettre de jouer pleinement son rôle en matière de diffusion et de contrôle de la mise en œuvre des directives) ainsi que sur la fourniture d'une assistance aux États membres de l'Union pour les aider à appliquer efficacement les directives au plan national.

4. Asie

Association de coopération économique Asie-Pacifique

29. Le Groupe d'experts de l'APEC sur la passation de marchés publics (GPEG)[17] a entrepris de réviser les Principes non contraignants élaborés par l'APEC en matière de marchés publics[18], en particulier afin d'y incorporer les normes de transparence des marchés publics de l'APEC[19] et de réduire les chevauchements entre les différents principes. Le GPEG envisage également d'élargir le texte des Principes relatifs à la non-discrimination afin de renforcer son application en matière de discrimination fondée sur le sexe. Le projet révisé des Principes devait être examiné à la session du Comité de l'APEC sur le commerce et l'investissement,

---

[16] Les sessions du Groupe de travail ont été présidées par le Directeur du Service juridique du COMESA depuis 2004.

[17] Le Groupe a été créé en 1995 comme organe subsidiaire du Comité du commerce et des investissements de l'APEC.

[18] Disponible à l'adresse: http://www.apecsec.org.sg/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/ government_procurement.html.

[19] Voir la section I du document intitulé "APEC Leaders' Statement to Implement APEC Transparency Standards", seizième réunion ministérielle de l'APEC, Santiago du Chili, 17-18 novembre 2004), document 2004/AMM/028, disponible à l'adresse: http://www.apecsec.org.sg/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html.

fin mai 2006. Le GPEG s'est également chargé de développer l'initiative concernant l'aide aux petites et moyennes entreprises (PME) en matière de marchés publics.

30. Le teneur des Principes non contraignants élaborés par l'APEC est portée à l'attention du Groupe de travail dans tous les cas où ils intéressent ses activités. Le Secrétariat a l'intention de continuer de le faire, compte tenu des révisions des Principes qui pourront être adoptées au sein de l'APEC prochainement. En ce qui concerne la participation des PME aux marchés publics, l'on trouvera de plus amples informations aux paragraphes 40 et 41 ci-dessous.

Banque asiatique de développement

31. Le 6 février 2006, le Conseil d'administration de la BAsD a approuvé les nouvelles Directives concernant la passation des marchés et les lignes directrices concernant l'emploi de consultants, lesquelles sont, dans les deux cas, entrées en vigueur le 1er avril 2006[20].

5. Commission européenne

32. Pendant la période considérée, la Commission européenne a publié un certain nombre de documents visant à compléter et à mettre en œuvre les nouvelles Directives de l'Union européenne (UE) 2004/17/CE et 2004/18/CE relatives à la passation des marchés (ci-après dénommées les "Directives") ou à les modifier. Les amendements figurant dans les Directives 2005/51/CE du 7 septembre 2005 ont trait aux dispositions relatives aux modalités de publication des avis de passation de marchés, qui font l'objet des dispositions figurant dans les annexes aux Directives[21]. Compte tenu des nouveaux formulaires standard de publication des avis de passation des marchés devant être établis conformément aux mesures d'application,
les références figurant dans les annexes à l'ancien formulaire établi par la Directive 2001/78/CE ont été supprimées.

33. Les nouveaux formulaires standard ont été établis par le Règlement de la Commission No. 1564/2005 du 7 septembre 2005 et sont devenus obligatoires pour tous les États membres de l'UE à compter du 1er février 2006[22]. Comme indiqué dans le communiqué de presse[23], l'adoption des nouveaux formulaires standard s'inscrit dans le cadre d'une stratégie plus large de l'UE tendant à informatiser les procédures de passation de marchés publics dans les pays de l'Union[24]. Les nouveaux formulaires sont structurés comme ceux prévus dans la Directive 2001/78/CE mais ont été rationalisés et simplifiés, compte tenu des nouveaux éléments introduits par les Directives, comme les accords-cadres, les

---

[20] Disponible à l'adresse: http://www.adb.org/Documents/Guidelines/Procurement/guidelines-April-2006.pdf and http://www.adb.org/Documents/Guidelines/Consulting/consultant-guidelines-Avril-2006.pdf, respectivement.

[21] Annexe XX à la Directive 2004/17/CE et Annexe VIII à la Directive 2004/18/CE.

[22] Les nouveaux formulaires sont disponibles en ligne sous format XML sur le site Web du SIMAP à l'adresse: http://simap.eu.int/.

[23] IP/05/1248 du 11 octobre 2005.

[24] Voir "Plan d'action pour la mise en œuvre du cadre juridique de la passation électronique de marchés publics", en date du 13 décembre 2004, disponible à l'adresse: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/actionplan/actionplan_en.pdf.

enchères électroniques inversées et les systèmes d'achats dynamiques. Le principal avantage du nouveau formulaire tient à la possibilité de l'utiliser en ligne: en pareil cas, les délais de publication sont ramenés de 12 à 5 jours et les délais impartis pour la réception des soumissions ou des demandes de participation peuvent par conséquent être raccourcis de sept jours[25].

34. Les conditions et règles d'utilisation des nouveaux formulaires standard sont énoncées dans le document explicatif de la CE, intitulé Document de travail des services de la Commission concernant les règles de passation des marchés publics par des moyens électroniques conformément aux Directives[26], publié en juillet 2005 pour faciliter la tâche des États membres de l'UE pour la transposition des Directives en droit interne. Ce document analyse les règles applicables aux communications en ligne et s'applique à toutes les étapes des procédures d'attribution des marchés qui doivent être informatisées. En outre, il explique les règles applicables aux nouveaux éléments et aux nouvelles méthodes d'achat prévus par les Directives, comme les accords-cadres, les enchères électroniques inversées et les systèmes d'achat dynamiques.

35. La CE a aussi publié récemment les documents ci-après: i) règles détaillées d'application des procédures prévues à l'article 30 de la Directive 2004/17/CE (décision de la Commission 2005/15/CE du 7 janvier 2005); ii) note expliquant le régime établi par la Directive 2004/18/CE en matière de dialogue compétitif; iii) note expliquant le régime établi par la Directive 2004/18/CE concernant les accords-cadres[27]; iv) note expliquant la portée de l'expression "droits exclusifs ou spéciaux" au sens de la Directive 2004/17/CE; et v) note expliquant le concept de "marchés concernant plusieurs activités" aux termes de la Directive 2004/17/CE[28].

36. Les prochaines initiatives législatives de la CE prévoient notamment: i) l'élaboration de propositions tendant à modifier les directives définissant les règles spécifiques applicables aux systèmes de recours en matière de marchés publics (Directives 89/665/CE et 92/13/CE) pour éclaircir les dispositions existantes et en améliorer l'efficacité; ii) l'adoption éventuelle, d'ici à la fin de 2006, d'une communication concernant les marchés passés en dehors du champ d'application des Directives afin d'expliquer et de préciser comment les principes du droit communautaire doivent être appliqués à ces types de marchés; iii) l'adoption au cours des prochains mois d'une directive modifiant les annexes aux Directives afin de mettre à jour la liste d'entités adjudicatrices/autorités à la lumière du dernier processus d'élargissement; et iv) l'élaboration d'une version mise à jour du "Vocabulaire commun des marchés publics"[29].

---

[25] Voir le paragraphe 3 de l'article 36 et le paragraphe 5 de l'article 38 de la Directive 2004/18/CE et le paragraphe 3 de l'article 44 et le paragraphe 3 de l'article 45 de la Directive 2004/17/CE.

[26] Disponible à l'adresse: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/e-procurement_en.htm.

[27] Analysée en détail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1, présenté au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session (New York, 24-28 avril 2006).

[28] Tous les documents sont disponibles à l'adresse: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_en.htm.

[29] Le "Vocabulaire commun" est le système de classification appliqué au niveau de l'ensemble de l'UE pour les marchés publics et a été établi en application de la réglementation (CE) n° 2151/2003 pour normaliser les références utilisées par les autorités adjudicatrices pour

37. Le Groupe de travail a établi d'étroites relations avec la CE, laquelle est régulièrement représentée à ses sessions. En outre, le Secrétariat de la CNUDCI est régulièrement en contact avec les experts de la CE en matière de passation des marchés pour se tenir informé du traitement appliqué par la CE aux différentes questions examinées par le Groupe de travail Les résultats de ces consultations sont par la suite reflétés dans des notes du Secrétariat ou dans des rapports présentés oralement au Groupe de travail. Les travaux législatifs menés par l'UE en matière de passation de marchés sont également portés à l'attention du Groupe de travail par les États membres de l'Union qui participent aux sessions de ce dernier.

6. Amérique latine

38. Il ressort des réponses données aux demandes de renseignements du Secrétariat qu'aucune des organisations latino-américaines régionales ou sous-régionales ne mène actuellement de travaux législatifs concernant la passation des marchés et que les activités entreprises pour harmoniser les législations touchant la passation de marchés aux échelons sous-régional et régional sont limitées. La réforme ou la mise à jour de la législation relative aux marchés et, dans une certaine mesure, son harmonisation dans la région se font pays par pays, essentiellement par le biais des rapports d'évaluation sur les procédures nationales de passation des marchés, sous les auspices de la Banque mondiale et de la BID. Les recommandations concernant les améliorations à introduire et les plans d'action à réaliser qui figurent dans les rapports d'évaluation comprennent habituellement des propositions tendant à réformer la législation.

39. Le Secrétariat a été informé que les propositions de réforme des législations dans la région figurant dans les rapports d'évaluation mentionnent rarement la Loi type comme cadre de référence à prendre en considération. La Loi type n'est guère connue ni utilisée lors de la mise en œuvre des réformes nationales des lois touchant la passation de marchés. Pour faire connaître mieux et utiliser plus largement la Loi type en Amérique latine et dans les Caraïbes, la Commission voudra peut-être faire appel aux États membres et aux observateurs intéressés, en particulier les banques multilatérales de développement qui opèrent dans la région, pour qu'ils s'emploient activement à faire connaître la Loi type sous sa forme actuelle ainsi que les travaux de révision entrepris par le Groupe de travail qu'ils puissent être pris en considération dans les réformes des lois. La Commission voudra peut-être aussi demander aux États membres et aux observateurs s'ils ont des suggestions à formuler touchant d'autres mesures qui pourraient à peu de frais faire mieux connaître la Loi type et les activités du Groupe de travail dans la région.

40. Les initiatives limitées qu'ont prises certaines organisations régionales en matière législative ont porté principalement sur les systèmes e-GP et la promotion de la participation des PME aux procédures de passation des marchés publics, domaines qui intéressent principalement les pays de la région. En particulier, l'Agence interaméricaine de coopération et de développement (AICD) de l'OEA a, dans le cadre des efforts déployés par certaines organisations pour améliorer la transparence des

---

décrire l'objet de leurs marchés. Pour la version du Vocabulaire commun et la révision proposée, actuellement en cours de négociation, voir: http://europa.eu.int/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=cpv&lang=en.

marchés publics et combattre plus efficacement la corruption, signé une série d'accords avec divers organismes gouvernementaux d'États membres de l'OEA qui ont l'intention de promouvoir les systèmes e-GP et le transfert des technologies appropriées. Le premier de cette série d'accords a été signé entre l'AICD de l'OEA et le Gouvernement mexicain. D'autres accords ont été conclus par la suite avec le Costa Rica, l'Équateur et le Pérou ainsi qu'avec d'autres pays. Toutefois, les projets envisagés n'ont pas donné les résultats escomptés et ont été abandonnés. L'AICD a été supprimée et remplacée par un nouveau département dont les dernières initiatives, indépendamment du système e-GP, tendent à fournir une assistance aux autorités nationales pour les aider à mettre en œuvre des mesures législatives de protection et de développement des PME, notamment en encourageant leur participation à la passation des marchés publics en fixant des marges préférentielles et en établissant des programmes de marchés réservés.

41. La question de la participation des PME à la passation des marchés publics n'a pas été envisagée comme thème distinct par le Groupe de travail. Celui-ci a pris en compte les intérêts des PME dans le contexte du système e-GP en général et des enchères électroniques inversées en particulier, et il doit en être tenu compte également dans le contexte d'autres questions, comme les accords-cadres, les listes de fournisseurs et l'utilisation des procédures de passation de marchés pour promouvoir les politiques industrielles et environnementales et d'autres politiques socio-économiques.

B. Transparence et lutte contre la corruption dans la passation de marchés

42. Différentes initiatives et divers instruments ont été adoptés au plan multilatéral ces dernières années pour resserrer la coopération internationale dans la lutte contre la corruption et la fraude, principalement dans le contexte des marchés publics. Les sous-sections ci-après n'entendent pas fournir des informations exhaustives à ce sujet mais simplement illustrer certains des exemples les plus récents (voir également le par. 40 ci-dessus).

1. Instruments internationaux: Convention des Nations Unies contre la corruption[30]

43. La Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par l'Assemblée générale en octobre 2003, est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Plusieurs dispositions de la Convention ont trait aux marchés publics. En fait, le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention est expressément consacré à cette question. Aux termes de cet article, chaque État partie à la Convention est tenu de prendre les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation de marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise de décisions et qu'ils soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Cet article stipule en outre que ces systèmes doivent prévoir notamment: a) la diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et

[30] Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, annexe.

d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres; b) l'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres et leur publication; c) l'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de l'application correcte des règles ou procédures; d) 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 à la Convention; et e) 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, les procédures de sélection desdits personnels et les exigences en matière de formation.

44. La Convention prévoit des mécanismes d'application de ses dispositions par le biais de la Conférence des États parties. La Conférence est assistée par le Secrétariat, qui doit en particulier assurer la coordination nécessaire avec les secrétariats des organisations régionales et internationales compétentes pour la mise en œuvre de la Convention.

45. Le Secrétariat de la CNUDCI s'est tenu en contact avec des représentants du Secrétariat de la Conférence (l'ONUDC a été désignée en cette qualité),[31] concernant les travaux qui pourraient être entrepris conjointement pour faciliter l'application des dispositions de la Convention relatives à la passation des marchés par le biais de mesures législatives et d'activités d'assistance technique. À titre de première mesure, le Secrétariat de la CNUDCI a communiqué à l'ONUDC son analyse des dispositions de la Convention au regard de celles de la Loi type, faisant observer qu'alors même que la seule disposition de la Loi type concernant expressément la corruption était l'article 15, la Loi type, pour l'essentiel, reflétait les dispositions relatives à la passation des marchés de la Convention. Dans cette analyse, le Secrétariat a également fait observer certaines différences, en particulier le fait que les dispositions du paragraphe 1 e) de l'article 9 de la Convention concernant les conflits d'intérêts, les procédures de sélection et la formation n'avaient pas d'équivalent dans la Loi type. Le Secrétariat a l'intention de porter à l'attention du Groupe de travail toutes les différences entre la Convention et la Loi type pour qu'il les examine le moment venu dans le cadre de son examen d'ensemble de celle-ci.

2. Autres initiatives

46. Plusieurs organisations internationales, aussi bien gouvernementales que non gouvernementales, abordent différents aspects des marchés publics dans leurs activités visant à prévenir la corruption, la fraude et les autres irrégularités dans le secteur public. Pour ne citer que quelques-unes de ces activités, la plupart des donateurs multilatéraux ont adopté des politiques spécifiques contre la corruption pour leurs programmes de développement, ces politiques traitant en particulier des questions liées à la passation de marchés. Quelques donateurs ont entrepris de revoir leurs politiques de développement pour qu'elles contribuent plus efficacement à la

---

[31] Voir ibid., par. 8.

lutte contre la corruption, notamment dans le domaine de la passation de marchés.[32] Les stratégies pour la réduction de la pauvreté formulées avec la participation des donateurs envisagent, de plus en plus, des mesures tendant à accroître la transparence et à prévenir la corruption en matière de passation de marchés. Les organisations non gouvernementales internationales qui s'occupent de lutte contre la corruption ont également élaboré des documents directifs et des registres d'information visant à prévenir la corruption dans la passation de marchés publics[33].

47. Un certain nombre d'organisations internationales ont lancé des réformes internes de leur gestion qui ont notamment consisté à revoir les règles et règlements applicables en matière de passation de marchés pour rendre les procédures plus transparentes et pour accroître l'impact des efforts déployés pour prévenir la corruption, la fraude et les autres irrégularités.

48. À sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), le Groupe de travail a spécifiquement examiné la question des mesures à prendre pour prévenir la fraude et la corruption dans la passation de marchés publics et a relevé que cette question serait dans ses activités futures l'un des aspects qui seraient pris en considération dans le contexte de la révision de la Loi type et du Guide pour l'incorporation.[34] La transparence en matière de passation de marchés publics est une question qui a par la suite été examinée en détail par le Groupe de travail.

C. Passation de marchés dans le contexte de l'efficacité de l'aide

49. Parallèlement aux activités décrites dans la section précédente, les organisations internationales ont entrepris un certain nombre d'activités afin d'accroître l'efficacité de l'aide dans les pays bénéficiaires, en particulier au moyen de réformes des systèmes de passation de marchés. Les sous-sections ci-après n'entendent pas fournir des informations exhaustives à ce sujet mais simplement illustrer les principales évolutions à signaler.

---

[32] Voir par exemple le par. 29 ci-dessus concernant la révision des Principes de l'APEC. La BAsD a également entrepris de revoir ses politiques pour améliorer l'efficacité de ses activités de développement dans les pays où elle opère, spécialement pour ce qui est de promouvoir la transparence, l'obligation redditionnelle et les mesures anticorruption.

[33] Voir par exemple les activités de Transparency International en matière de marchés publics à l'adresse: http://www.transparency.org.uk/pcoat.htm. Ces activités portent principalement sur les domaines les plus exposés à la corruption, comme les marchés de défense, les projets de travaux publics et la fourniture de l'aide. Il a été élaboré sous ses auspices une série de documents et de lignes directrices concernant la passation de marchés, par exemple "Preventing corruption on construction projects: Risk assessment and proposed actions for banks, export credit agencies, guarantors and insurers" en date de mars 2005. Transparency International s'occupe également de questions comme l'interdiction de participer à des procédures d'appel d'offres, la passation de marchés publics locaux et le droit d'accès à l'information.

[34] Voir le rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa sixième session (A/CN.9/568), par. 11.

1. Établissement de diagnostics

50. La Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide en date du 2 mars 2005[35] a demandé aux donateurs d'aligner progressivement les règles, directives et pratiques qu'ils appliquent sur celles qui existent dans les pays bénéficiaires, à condition que celles-ci soient conformes aux normes internationalement acceptées[36]. Pour déterminer dans quelle mesure les systèmes de passation de marchés des pays bénéficiaires sont conformes auxdites normes et pour suivre les progrès peu à peu accomplis sur la voie de l'amélioration des systèmes nationaux de passation de marchés, plusieurs donateurs et pays bénéficiaires ont entrepris, conformément à l'engagement pris dans la Déclaration de Paris, de mettre en place des cadres d'évaluation des performances et d'élaborer des méthodes harmonisées de diagnostic[37].

51. Sous les auspices du Groupe de travail sur l'efficacité de l'aide du Comité d'aide au développement du CAD et de l'OCDE, il a été constitué un Groupe de travail conjoint sur les marchés pour superviser la mise en œuvre des éléments de la Déclaration de Paris concernant les marchés et entreprendre des activités visant à assurer la réalisation des objectifs fixés en matière de passation de marchés. À cette fin, le Groupe de travail conjoint structure ses activités autour des travaux menés par la Table ronde Banque mondiale-CAD/OCDE sur le renforcement des capacités des pays en développement en matière de passation de marchés (2003-2004), lesquels ont notamment débouché sur l'élaboration et l'approbation d'une série intégrée de pratiques optimales concernant le suivi des pays, l'évaluation, le renforcement des capacités et l'intégration de procédures appropriées de passation de marchés[38].

52. La première réunion du Groupe de travail conjoint, à laquelle ont participé des États, des banques multilatérales de développement, le BSAIO du PNUD, l'UNDG et d'autres organisations internationales et régionales ainsi qu'un certain nombre d'institutions nationales, a eu lieu du 8 au 10 février 2006. La réunion a accepté le programme de travail du Groupe de travail conjoint pour 2006-2008[39], qui envisage, entre autres, l'établissement d'un outil de référence et d'une méthodologie d'évaluation et de mesure des progrès accomplis au regard des indicateurs et objectifs visés dans la Déclaration de Paris en matière de passation de marchés. La réunion a examiné aussi un projet de guide pour l'évaluation des systèmes de

---

[35] Voir: http://www.aidharmonization.org/.

[36] Voir les indicateurs concernant la passation de marchés de la Déclaration de Paris: 2b – établissement de systèmes nationaux fiables de passation de marchés, et 5b – utilisation par les donateurs de ces systèmes nationaux.

[37] Les pays bénéficiaires et les donateurs se sont conjointement engagés à appliquer des normes et des procédures mutuellement convenues pour établir un diagnostic de la situation des systèmes nationaux de passation de marchés dans les pays bénéficiaires et identifier les mesures qui permettraient d'améliorer leur performance, d'introduire des réformes durables et de suivre leur application.

[38] Voir CAD, Guidelines and Reference Series – Harmonizing Donor Practices for Effective Aid delivery, vol. 3, "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries", Table ronde OCDE/CAD sur la passation de marchés, disponible à l'adresse: http://www.oecd.org/dataoecd/12/14/34336126.pdf.

[39] La version révisée du programme de travail, 26 janvier 2006, est disponible à l'adresse: http://www.oecd.org/dataoecd/15/6/36233324.pdf.

passation de marchés tendant à assurer une plus grande cohérence dans les évaluations des systèmes nationaux de passation de marchés ainsi qu'à faciliter la mesure des progrès accomplis sur la voie des indicateurs de référence. Le projet de guide est fondé sur les indicateurs et sous-indicateurs de base proposés par la Table ronde Banque mondiale-CAD/OCDE (voir le paragraphe précédent). Le projet de guide contient des spécifications détaillées concernant divers indicateurs de base, et certains de ceux-ci sont affinés afin de réduire les risques de chevauchements et d'ambiguïtés et de combler les lacunes existantes[40].

53. La prochaine réunion du Groupe de travail conjoint, qui doit avoir lieu en décembre 2006, doit examiner la version révisée du Guide. Les questions en suspens concernent notamment la formulation de définitions claires d'expressions comme "normes internationales", "normes reconnues", et "pratiques optimales acceptées au plan international", et les améliorations à apporter aux indicateurs de base. Il est également envisagé d'établir des indicateurs connexes de performance, les indicateurs de base ne permettant pas, en eux-mêmes, de déterminer la qualité d'un système de passation de marchés.

54. Les participants au Groupe de travail conjoint ont reconnu qu'il fallait élargir la consultation avec les parties prenantes et les pays pour garantir l'acceptation du Guide. À ce propos, la Commission voudra peut-être prendre note des rapports qui existent entre les activités du Groupe de travail conjoint et celles du Groupe de travail, surtout en ce qui concerne les normes internationales et les pratiques optimales en matière du marchés publics. Elle voudra peut-être aussi exprimer l'espoir que le Groupe de travail conjoint tiendra dûment compte dans ses travaux, notamment dans le contexte des efforts déployés pour formuler les définitions des expressions "normes internationales", "normes reconnues", et "pratiques optimales acceptées au plan international" en matière de marchés publics, de la Loi type de la CNUDCI et des activités que mène actuellement le Groupe de travail de la Commission. En outre, la Commission voudra peut-être relever que les activités du Groupe de travail conjoint intéressent également les activités du Groupe du Secrétariat de la CNUCED chargé de l'assistance technique et de la coordination, qui s'occupe de fournir une assistance technique aux organismes nationaux pour les aider à réformer la législation concernant le droit commercial international, y compris les marchés publics. La Commission voudra donc peut-être inviter le

---

[40] Dans le projet de guide, les indicateurs de base sont regroupés dans les catégories ci-après: cadre juridique et réglementaire, cadre institutionnel et capacités de gestion, fonctionnement des systèmes de passation de marchés et pratiques usuelles et intégrité et transparence du système de passation de marchés publics. En ce qui concerne chaque sous-indicateur, l'aspect clef ou la norme à respecter est mis en relief et il est indiqué une série de quatre scénarios décrivant quatre degrés d'application. Chaque scénario est noté sur un barème de 3 à 0. Une note globale pour l'indicateur est obtenue au moyen d'un système approprié de pondération des notes concernant les divers sous-indicateurs. Selon le système de notation du premier scénario, concernant les sous-indicateurs interdépendants, l'inobservation de l'un des sous-indicateurs signifie que l'indicateur dans son ensemble n'est pas respecté et la note globale affectée à l'indicateur est la plus faible de celles de tous les sous-indicateurs. Selon le barème du deuxième scénario, appliqué lorsque les sous indicateurs sont indépendants les uns des autres, il est établi une moyenne des notes qui est arrondie au nombre entier le plus proche. Les deux annexes du projet de guide indiquent les pratiques optimales à suivre pour les procédures nationales d'appels d'offres (annexe 1) et le contenu minimum des dossiers d'appels d'offres (annexe 2).

Groupe de travail conjoint et le Secrétariat de la CNUDCI à resserrer leur coordination et leur coopération et, à cette fin, suggérer qu'il serait hautement souhaitable que le Secrétariat de la CNUDCI soit associé aux activités du Groupe de travail conjoint.

2. Autres efforts d'harmonisation

55. Conformément à la Déclaration de Rome de 2003 sur l'harmonisation[41] et à la Déclaration de Paris, un certain nombre de donateurs multilatéraux ont également entrepris d'harmoniser leurs politiques, leurs procédures et leurs directives concernant la fourniture de leur assistance[42]. Tel a été le cas notamment au sein de la CNUCED, en particulier par le biais de son Centre commun (Centre du commerce international) avec l'OMC et de l'UNDG[43] ainsi que des banques multilatérales de développement[44].

56. Indépendamment des autres activités décrites dans la présente note (voir en particulier la section A.2), les efforts menés par les banques multilatérales de développement pour harmoniser leurs politiques en matière de passation de marchés prévoient notamment des réunions périodiques des chefs des services d'achat de ces banques[45]. L'harmonisation des dossiers d'appels d'offres, des lignes directrices et des pratiques généralement reconnues comme optimales est l'une des principales activités entreprises par ce groupe. La dernière en date des séries de dossiers standard d'appels d'offres, qui contient également un guide à l'intention des usagers, de mai 2005, contient des formulaires standard pour les soumissionnaires et un guide concernant la passation des marchés de travaux[46].

3. Relation avec les activités du Groupe de travail

57. Les normes internationales en matière de passation de marchés proposées par la Table ronde Banque mondiale-CAD/OCDE ont été portées à l'attention du Groupe de travail dans la mesure où elles intéressent ses activités, et le Secrétariat

---

[41] Disponible à l'adresse: http://www1.worldbank.org/harmonization/romehlf/Documents/RomeDeclaration.pdf.

[42] Dans la Déclaration de Paris, les donateurs se sont engagés à avoir peu à peu recours aux systèmes des pays partenaires lorsque ceux-ci appliquent des normes et procédures mutuellement convenues ainsi qu'à adopter des approches harmonisées lorsque les systèmes nationaux ne répondent pas aux niveaux de performance mutuellement convenus ou lorsque les donateurs ne les utilisent pas.

[43] Voir par exemple le manuel élaboré conjointement par le FMI, le Centre du commerce international, la CNUCED, le PNUD, la Banque mondiale et l'OMC intitulé "Integrated framework (IF) for trade-related technical assistance for least developed countries," document UNCTAD/LDC/2005/2, en date du 1er juillet 2005.

[44] Voir par exemple le par. 23 ci-dessus concernant la révision du Règlement de la BAfD relatif à la passation de marchés.

[45] La dernière réunion annuelle s'est tenue du 13 au 16 février 2006 à Manille (Philippines).

[46] Les dernières séries, de mai 2004, contenaient des dispositions standard concernant les questions suivantes: sollicitation de propositions (sélection de consultants) (y compris formulaires et contrats types); documents de présélection et guide concernant les marchés de travaux de génie civil; dossiers d'appels d'offres pour les marchés de fournitures (révisés en mai 2005); et dossiers d'appels d'offres pour les marchés de travaux (marchés de valeur réduite). Tous ces documents sont disponibles sur le site Web de la Banque mondiale.

de la CNUDCI a l'intention de continuer de le faire, compte tenu des modifications qu'il est proposé d'apporter à ces normes dans le cadre du Groupe de travail conjoint (voir par. 50 à 54 ci-dessus).

58. En outre, le Groupe de travail est tenu régulièrement informé à chacune de ses sessions, par les représentants des institutions de développement, des pratiques suivies localement en matière de marchés et des questions qui se posent sur le terrain dans le contexte de l'application des règles et procédures établies, y compris la Loi type. Grâce, essentiellement, à l'initiative de ces institutions de développement, la question de la participation des communautés locales aux procédures de passation de marchés publics a été inscrite à l'ordre du jour du Groupe de travail. Lors de son examen des questions liées au système e-GP, le Groupe de travail a également bénéficié des informations données par les institutions de développement au sujet de l'accès des PME aux procédures de passation de marchés et aux questions liées aux marchés transfrontières, ce qui a permis au Groupe de travail d'en tenir compte dans les révisions qu'il est proposé d'apporter à la Loi type et au Guide.

59. La Commission voudra peut-être exprimer sa reconnaissance à toutes les institutions qui ont appuyé les activités du Groupe de travail et mettre en relief la nécessité pour celui-ci de pouvoir continuer de compter dans ses activités sur le concours d'une large gamme d'institutions internationales, régionales et sous-régionales de développement ayant l'expérience de la mise en œuvre des réformes des systèmes de passation de marchés sur le terrain. La Commission voudra peut-être aussi inviter toutes les organisations internationales concernées à ne pas hésiter à avoir recours à l'instance offerte par le Groupe de travail pour essayer de trouver une solution aux difficultés rencontrées sur le terrain dans l'application des normes existantes et à porter à l'attention du Groupe de travail les questions qui se font jour dans le domaine de la passation de marchés. Outre que cela permettrait de partager des connaissances et l'expérience acquises dans la pratique, l'on pourrait ainsi contribuer à harmoniser des normes juridiques concernant la passation de marchés en diffusant des informations sur la Loi type et les activités que mène actuellement le Groupe de travail pour la réviser.

(A/CN.9/598/Add.2)

Activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit relatif aux sûretés réelles mobilières

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Harmonisation et unification du droit relatif aux sûretés réelles mobilières	3-25
A.	CNUDCI	3-5
B.	Unidroit	6-25
1.	Projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés	6-17
2.	Principes et règles relatifs aux transactions sur les marchés financiers émergents	18
3.	Projet de loi type sur le leasing	19-23
4.	Protocoles à la Convention du Cap	24-25
C.	Conférence de La Haye	26
D.	BERD	27
E.	Commission européenne	28-35
1.	Directives sur la garantie financière, le retard de paiement et le caractère définitif du règlement	28
2.	Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)	29-35
F.	OEA	36-38
G.	OMPI	39-43
H.	Banque mondiale	44-45

I. Introduction

1. À ses trente-troisième session en 2000, trente-septième session en 2004 et trente-huitième session en 2005, la Commission a examiné la question de la coordination des activités des organisations internationales dans le domaine des sûretés réelles mobilières en se fondant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/475, A/CN.9/565 et A/CN.9/584 respectivement). Le présent document actualise les informations contenues dans ces notes. Il traite des activités des organisations internationales entreprises principalement depuis 2000 en vue

d'élaborer des instruments de droit commercial international harmonisé et unifié dans le domaine des sûretés, et se fonde sur des documents accessibles au public et, dans la mesure du possible, sur les consultations entreprises avec les organisations énumérées ci-après.

2. Sont décrites ici les activités des organisations suivantes:

a) Organismes et institutions spécialisées des Nations Unies:

OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

b) Autres organisations intergouvernementales:

Banque mondiale	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
Commission européenne	Commission de l'Union européenne
Conférence de La Haye	Conférence de La Haye de droit international privé
OEA	Organisation des États américains
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé

II. Harmonisation et unification du droit relatif aux sûretés réelles mobilières

A. CNUDCI[1]

3. Reconnaissant l'importance de l'accès au crédit à des taux abordables pour la croissance économique et le commerce international, la Commission, à sa trente-quatrième session en 2001, a créé un Groupe de travail sur les sûretés chargé d'élaborer un cadre juridique efficace et souple pour le crédit garanti[2]. À sa trente-cinquième session, en 2002, elle a confirmé le mandat donné au Groupe de travail VI (Sûretés) et indiqué que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit suffisamment souple, qui prendrait la forme d'un guide législatif[3]. Le Groupe de travail, dans le cadre du mandat qui lui a été confié par la Commission, a décidé d'étendre le champ d'application du projet de guide législatif ("le projet de guide") aux créances, au produit de lettres de crédit, aux comptes bancaires, aux documents négociables, aux instruments négociables et aux droits de propriété intellectuelle[4].

4. Jusqu'à présent, le Groupe de travail a tenu neuf sessions et a élaboré des chapitres sur les éléments suivants: principaux objectifs, champ d'application,

---

[1] http://www.uncitral.org.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

[3] *Cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 204.

[4] *Cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 222.

approches en matière de sûretés, constitution, opposabilité, priorité, réalisation, insolvabilité, financement d'acquisitions, conflit de lois et dispositions transitoires[5]. Il a en outre tenu deux sessions conjointes avec le Groupe de travail de la CNUDCI sur l'insolvabilité (qui élaborait alors et qui a maintenant achevé le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité) pour examiner le chapitre du projet de guide consacré à l'insolvabilité[6].

5. Le Groupe de travail a aussi collaboré étroitement avec la Conférence de La Haye dans la rédaction du chapitre sur le conflit de lois. Il a aussi travaillé en coordination avec Unidroit, qui prépare actuellement un texte sur les titres intermédiés (voir par. 6 à 16), et avec la Banque mondiale, qui a finalisé un ensemble de principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers.

B. Unidroit[7]

1. Projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés

6. Unidroit prépare actuellement un projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés ("le projet de convention"). Les première et deuxième sessions de son Comité d'experts gouvernementaux se sont tenues à Rome respectivement du 9 au 20 mai 2005 et du 6 au 14 mars 2006. Une troisième session est prévue en novembre 2006.

7. À cette deuxième session, il a été convenu que les deux secrétariats coopéreraient et feraient rapport à leurs organes respectifs sur les questions d'intérêt commun et notamment le traitement du produit de titres intermédiés prenant la forme d'un bien visé par le projet de guide ou du produit de biens visés par le projet de guide prenant la forme de titres intermédiés.

8. La Commission voudra peut-être noter que les valeurs mobilières en général (et pas seulement les titres intermédiés régis par le projet de convention) sont exclues du champ d'application du projet de guide en tant que biens initialement grevés[8]. Elles peuvent toutefois être affectées par les recommandations du projet de guide dans deux cas.

9. Premièrement, si une sûreté sur des valeurs mobilières garantit une créance, un instrument négociable ou une autre obligation et si la créance est cédée ou si l'instrument négociable ou l'autre obligation sont grevés, une sûreté est automatiquement constituée sur les valeurs mobilières et devient automatiquement opposable. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les

---

[5] Voir http://www.uncitral.org pour les rapports des Groupes de travail (A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574, A/CN.9/588 et A/CN.9/593).

[6] *Cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 217. Voir l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/ commission/working_groups/5Insolvency.html pour les rapports A/CN.9/535 et A/CN.9/550 sur les sessions conjointes des Groupes de travail sur les sûretés et sur le droit de l'insolvabilité.

[7] http://www.unidroit.org.

[8] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, rec. 4 a) et b).

prescriptions en matière de priorité ou de réalisation qui existent dans la loi sur les valeurs mobilières[9]. Par exemple, d'après le projet de convention, une sûreté sur des titres intermédiés qui a été rendue opposable par inscription en compte ou prise de contrôle en vertu de la loi sur les valeurs mobilières primera un droit concurrent qui a été rendu opposable en vertu d'une autre loi[10].

10. Deuxièmement, les valeurs mobilières peuvent être affectées par les recommandations du projet de guide si elles constituent le produit d'un bien visé par ce dernier (par exemple des stocks ou des fonds crédités sur un compte bancaire). La sûreté sur les biens initialement grevés s'étend au produit[11]. Un acte distinct n'est pas nécessaire pour rendre la sûreté sur le produit opposable[12].

11. Afin de mieux tenir compte du fait que le projet de guide peut avoir des incidences sur les valeurs mobilières et sur d'autres biens exclus de son champ d'application, le secrétariat a proposé au Groupe de travail d'examiner si une exclusion limitée, qui ne concernerait que les valeurs mobilières soumises à des lois spéciales, conviendrait mieux qu'une exclusion pure et simple des valeurs mobilières même en l'absence de lois spéciales, qui laisserait une lacune dans la loi[13].

12. Si le Groupe de travail faisait sienne cette approche, il faudrait préserver les méthodes d'opposabilité autres que l'inscription au registre des sûretés (par exemple l'inscription en compte ou l'accord de contrôle) et éventuellement ajouter une nouvelle recommandation pour protéger la priorité des droits rendus opposables à l'aide de l'une de ces méthodes spéciales.

13. Cette approche serait conforme à celle adoptée dans le projet de guide en ce qui concerne les biens rattachés à des immeubles ou à des meubles soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété. En effet, une sûreté sur des biens rattachés à des immeubles ou des meubles soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou de certificat de propriété est subordonnée à une sûreté grevant les immeubles ou meubles en question, à moins d'être inscrite en premier sur le registre immobilier ou sur le registre spécialisé ou d'être consignée sur le certificat de propriété correspondant, selon le cas[14].

14. En outre, cette approche serait compatible avec le projet de convention d'Unidroit, dont l'article 6-1 dispose qu'une sûreté sur des titres (en tant que biens initialement grevés ou produit) qui a été rendue opposable en vertu du projet de convention prime une sûreté rendue opposable en vertu d'une autre loi (par exemple une loi fondée sur les recommandations du projet de guide). Cette règle se justifie par le fait que l'on ne pourrait pas s'en remettre au système d'inscription en compte ou de contrôle établi par le projet de convention si une sûreté sur des titres

---

[9] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26, rec. 16.

[10] C'est ce que prévoient les articles 5-3 et 10-1 du projet de convention. Voir Étude LXXVIII-Doc. 42, mars 2006.

[11] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 29 et 30.

[12] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 41 et 41 *bis*.

[13] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, note sur la rec. 3 g).

[14] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, rec. 46, 46 *bis*, 82, 83, 84 et 84 *bis*.

intermédiés constituée et rendue opposable en vertu d'une autre loi primait une sûreté rendue opposable en vertu du projet de convention.

15. Par ailleurs, cette approche éviterait l'exclusion du champ d'application du projet de guide des valeurs mobilières détenues directement dans la mesure où celles-ci ne sont pas soumises à une législation spéciale quelconque (même le projet de convention d'Unidroit ne s'applique pas à ce type de valeurs mobilières). Seraient ainsi couvertes, par exemple, les sûretés sur les actions d'une filiale entièrement détenues par la société mère, puisque ces sûretés sont utilisées dans de nombreuses opérations de prêt commercial.

16. Une autre question est celle de savoir quelle loi s'applique au produit de valeurs mobilières entrant dans le champ d'application du projet de guide (par exemple lorsque celles-ci sont vendues et que le produit est déposé sur un compte bancaire). Il semble que, si le produit de comptes bancaires prenant la forme de valeurs mobilières devrait être soumis à la loi régissant les valeurs mobilières, le produit de valeurs mobilières sous la forme de fonds sur un compte bancaire devrait être soumis quant à lui à la loi régissant les sûretés sur les fonds crédités sur des comptes bancaires, tout au moins en ce qui concerne l'opposabilité, la priorité et la réalisation. Cette approche semble compatible avec celle du projet de convention, étant donné que, si un créancier garanti a obtenu un accord de contrôle, le titulaire du compte ne pourra pas disposer des valeurs mobilières ou les grever sans le consentement de celui-ci. En revanche, si le créancier garanti n'a pas obtenu un tel accord ou s'il a autorisé le titulaire à grever les valeurs mobilières ou à en disposer par la suite, il ne pourra revendiquer un rang de priorité supérieur à celui d'un autre créancier garanti ayant une sûreté sur le produit de la disposition des valeurs mobilières crédité sur un compte bancaire. Cette solution étant le résultat de consultations avec des experts connaissant bien le projet de convention, il faudra peut-être l'examiner plus avant et la confirmer.

17. La Commission souhaitera peut-être prendre note de cette question et prier le Groupe de travail de soumettre ses propositions avec le reste du projet de guide, qu'elle devrait adopter en principe à sa quarantième session en 2007.

2. Principes et règles relatifs aux transactions sur les marchés financiers émergents

18. Unidroit prépare actuellement un instrument sur des principes et règles visant à accroître les transactions sur les marchés financiers émergents. Il est prévu que les travaux, menés par des groupes de travail régionaux décentralisés, démarrent en 2006.

3. Projet de loi type sur le leasing

19. Unidroit élabore actuellement, en coopération avec la Société financière internationale, une loi type sur le leasing ("le projet de loi type") ayant notamment pour objet d'aider les pays en développement et les économies en transition. Un comité consultatif spécial a déjà tenu trois sessions à Rome (les 17 et 18 octobre 2005, les 6 et 7 février 2006, et du 3 au 5 avril 2006). À sa troisième session, le Comité consultatif a examiné le deuxième avant-projet de loi type[15] ainsi que des

[15] Voir Unidroit 2006, Étude LIXA-Doc. 6, mars 2006.

commentaires et des propositions du secrétariat de la CNUDCI visant à éviter les chevauchements et les conflits entre le projet de loi type et le projet de guide[16].

20. Ces chevauchements et conflits tiennent au fait que les deux textes traitent des baux utilisés à titre de garantie (crédits-bails) mais selon une approche différente[17]. Par exemple, selon les articles premier et 3 du projet de loi type, l'inscription est soumise en fait à la loi de l'État où se trouve le bien grevé/loué, à celle de l'État où le constituant/preneur à bail a le centre de ses intérêts principaux ou à celle de l'État dont la loi régit la convention constitutive de sûreté/le contrat de crédit-bail. Ce résultat serait incompatible avec la recommandation 136 du projet de guide[18], selon laquelle la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité (y compris l'inscription) et à la priorité d'une sûreté (y compris le droit d'un crédit-bailleur) sur des biens meubles serait celle de l'État où se trouve le bien grevé/loué (les crédits-bails de matériels d'équipement mobiles et de biens meubles soumis à un système d'enregistrement de la propriété faisant exception[19]).

21. À la troisième session du Comité consultatif en avril 2006, il a été indiqué que des notes explicatives pour l'incorporation pourraient être le moyen de régler le conflit entre le projet de loi type et les lois actuelles relatives aux opérations garanties qui traitent les crédits-bails comme des sûretés ainsi que les lois des pays qui adopteront dans l'avenir les recommandations du projet de guide[20]. Il est peu probable que cela suffise. Qui plus est, cette solution ne préviendrait pas le risque qu'une loi spéciale applicable au crédit-bail (autrement dit une opération qui remplit une fonction de sûreté) s'écarte de l'approche recommandée dans le projet de guide, selon laquelle les pays devraient adopter une législation qui traite de manière systématique et globale toutes les opérations qui font office de sûreté.

22. Le projet de loi type devrait être soumis au Conseil de Direction lors de la réunion qu'il tiendra à Rome du 8 au 11 mai 2006 pour examiner la suite à donner la plus appropriée. Le secrétariat d'Unidroit devrait recommander la transmission du projet aux gouvernements pour finalisation lors d'une conférence spéciale en octobre 2006 puis lors d'une session extraordinaire de l'Assemblée générale d'Unidroit qui se tiendra à Rome du 27 au 29 novembre 2006[21].

23. La Commission souhaitera peut-être examiner cette question et recommander que les crédits-bails soient exclus du champ d'application du projet de loi type ou, s'ils y sont inclus, que celui-ci i) n'aborde que les questions contractuelles, ii) donne préséance à la loi sur les opérations garanties ou iii) soit aligné sur les recommandations du projet de guide.

---

[16] Voir Unidroit 2006, Étude LIXA-Doc. 7, mars 2006.

[17] Voir Unidroit 2006, Étude LIXA-Doc.8, art. premier; A/CN.9/WG/VI/WP.26/Add.7, rec. 3 c) et e); et la définition du terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.

[18] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24.

[19] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24. Pour d'autres exemples de conflit entre les deux textes, voir Unidroit 2006, Étude LIXA-Doc. 7, mars 2006, commentaires du secrétariat de la CNUDCI.

[20] Voir, par exemple, Unidroit 2006, Étude LIXA-Doc. 9, commentaire 3 sur l'article 2, commentaire C sur l'article 3 et commentaire B sur l'article 7.

[21] Voir Unidroit 2006, Étude LIXA-Doc. 9, travaux futurs.

4. Protocoles à la Convention du Cap

24. Unidroit, conjointement avec l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF)[22], met actuellement la dernière main au deuxième Protocole à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 16 novembre 2001)[23], lequel porte sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire (le projet de protocole ferroviaire). Le Groupe spécial sur le Registre ferroviaire chargé d'élaborer un système d'inscription international et d'examiner d'autres aspects connexes a soumis le projet de protocole ferroviaire au Conseil de Direction d'Unidroit en avril 2005. Ce Protocole sera prochainement soumis à une conférence diplomatique pour adoption.

25. Un troisième protocole à la Convention du Cap (l'avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux) est en cours d'élaboration. La troisième session du Comité d'experts gouvernementaux est prévue à Rome en septembre/octobre 2006. D'autres protocoles, qui pourraient porter sur les matériels d'équipement agricole et de construction sont également à l'étude.

C. Conférence de La Haye[24]

26. Une édition commerciale du Rapport explicatif de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (Convention de La Haye sur les titres) a été publiée en 2005. Ce rapport fournit les explications les plus autorisées et les plus complètes sur la Convention et peut être obtenu sur le site Web de la Conférence[25]. La Conférence de La Haye continue de travailler en étroite coopération avec la CNUDCI sur le chapitre du projet de guide consacré au conflit de loi.

D. BERD[26]

27. La BERD a publié en 2004, dans le cadre de ses travaux de modernisation de la législation sur les sûretés, des principes directeurs pour l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles (Guiding Principles for the Development of a Charges Registry)[27].

---

[22] http://www.otif.org.

[23] La Convention est entrée en vigueur le 1er avril 2004. Unidroit exerce les fonctions de dépositaire pour les instruments concernant la Convention du Cap et son Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (Le Cap, 16 novembre 2001). En cette qualité, il suit la mise en place d'un Registre international des biens aéronautiques, comme le prévoit le Protocole.

[24] Voir http://www.hcch.net.

[25] http://www.hcch.net.

[26] http://www.ebrd.com/fr/index.htm.

[27] http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/new/develop/index.htm.

E. Commission européenne[28]

1. Directives sur la garantie financière, le retard de paiement et le caractère définitif du règlement

28. La Commission européenne a publié une directive concernant les contrats de garantie financière visant à améliorer la sécurité juridique de ce type de contrat[29] le 6 juin 2002, une directive concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales le 29 juin 2000[30] et une directive concernant le caractère définitif du règlement en mai 1998[31]. Le secrétariat a reçu de la Banque centrale européenne des suggestions et des commentaires informels concernant le rapport entre ces directives et les recommandations du projet de guide sur les comptes bancaires. Il semble en fin de compte qu'elles ne sont pas incompatibles entre elles[32].

2. Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

29. À sa trente-septième session en 2004, la Commission a pris note des travaux menés au sein de la Commission européenne en vue d'élaborer un nouvel instrument communautaire qui traiterait de la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers, laquelle dans l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international ("Convention des Nations Unies sur la cession") est la loi de l'État dans lequel se trouve le cédant.

30. À cette session, l'avis général a été que la règle énoncée à l'article 22 de la Convention sécurisait les tiers et, de ce fait, contribuerait très probablement à accroître l'offre de crédit et à en réduire le coût, alors que l'adoption d'une règle différente par l'Union européenne, non seulement aurait un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût de celui-ci, mais déséquilibrerait aussi les relations commerciales entre parties se trouvant dans des États membres de l'Union et parties se trouvant dans d'autres États, si un conflit de priorité était porté devant un tribunal d'un pays non membre.

31. À cette même session, un certain nombre d'États, parmi lesquels des États membres de l'Union européenne, ont indiqué qu'ils envisageaient de ratifier la Convention des Nations Unies sur la cession ou d'y adhérer, et qu'ils avaient donc grand intérêt à ce que l'Union européenne adopte une approche de la question de la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers qui soit compatible avec celle de l'article 22 de la Convention. Au cours du débat, la tenue d'une réunion de coordination à laquelle participeraient des représentants de la Commission européenne, de la CNUDCI et des secteurs intéressés afin de régler cette question

---

[28] http://europa.eu.int.

[29] http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l24401.htm.

[30] http://europa.eu.int/eur_lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0035:FR:HTML.

[31] http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/settlement/index_fr.htm. Cette directive a été adoptée en mai 1998.

[32] http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/settlement/index_fr.htm. Cette directive a été adoptée en mai 1998.

aussitôt que possible, de sorte à lever tout obstacle à une large adoption de la Convention, a été fermement appuyée.

32. À l'issue du débat, la Commission a recommandé que tout soit fait pour éviter qu'un futur instrument de l'Union européenne adopte une approche différente de celle de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession et elle a prié le secrétariat d'organiser une réunion avec des représentants de la Commission européenne, des États membres et des secteurs intéressés, en vue de régler cette question le plus tôt possible[33].

33. Le secrétariat a tenu des consultations informelles avec la Direction générale de la justice et des affaires intérieures de la Commission européenne responsable de Rome I afin i) de veiller à ce que le nouvel instrument de l'Union européenne soit compatible avec la Convention des Nations Unies sur la cession et ii) de faciliter l'adoption par les États membres de l'Union européenne de la Convention. Le secrétariat a également fait part à la Commission européenne du souhait formulé par la CNUDCI d'organiser une réunion de coordination. Cette dernière n'a toutefois pas encore eu lieu.

34. Le 15 décembre 2005, la Commission européenne a publié sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (COM (2005) 650 final, 2005/0261). Le paragraphe 3 de l'article 13 de la proposition dispose que la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle régit les effets de la cession à l'égard des tiers. D'après le commentaire sur cette disposition, l'approche adoptée est celle de la Convention des Nations Unies sur la cession. L'article 18, dans sa version anglaise, définit toutefois la résidence habituelle par référence au "principal establishment" et, dans le cas d'une agence, par référence au lieu où elle se trouve. Le commentaire sur l'article 18 ne signale pas cette différence par rapport à la règle de localisation de la Convention sur la cession (laquelle renvoie au lieu où le cédant exerce son administration centrale) et, de ce fait, la loi applicable en vertu de l'article 13-3 du règlement proposé peut différer de celle applicable en vertu de l'article 22 de la Convention.

35. La Commission souhaitera peut-être examiner la question et recommander que l'on redouble d'efforts en tenant des consultations et des réunions formelles ou informelles de façon à assurer la cohérence entre le règlement proposé et la Convention sur la cession et, en tout état de cause, à faciliter l'adoption de cette Convention par les États membres de l'Union européenne.

F. OEA[34]

36. À sa sixième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP VI), tenue en 2002, l'OEA a adopté la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières. À sa trente-cinquième session ordinaire, tenue en juin 2005, l'Assemblée générale de l'OEA a approuvé les points de l'ordre du jour

---

[33] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 104 à 107.

[34] http://www.oas.org.

de la CIDIP VII, qui comprend la poursuite des travaux d'élaboration de formulaires d'inscription uniformes interaméricains et de lignes directrices pour les registres de sûretés et leur fonctionnement sous forme électronique, qui seraient appliquées conjointement avec la Loi type[35].

37. Ces travaux seront réalisés sur un forum de discussion sur Internet par un groupe d'experts gouvernementaux qui a pour mission de négocier et de rédiger trois instruments interaméricains sur les registres électroniques, à savoir: i) des formulaires d'inscription uniformes; ii) un guide relatif aux registres de sûretés mobilières; et iii) un guide relatif aux registres électroniques. Les travaux préparatoires débuteront en juin 2006 avec l'examen de cinq formulaires d'inscription uniformes. Bien que la plupart des éléments du forum soient accessibles au public, la possibilité d'ajouter des commentaires et de soumettre des documents est réservée aux experts désignés, parmi lesquels figurent des membres du secrétariat de la CNUDCI[36].

38. La Commission souhaitera peut-être prendre note de ces travaux et prier le secrétariat de suivre ce projet de l'OEA pour lui faire rapport en temps utile.

G. OMPI[37]

39. Des discussions spécialisées entre experts de la propriété intellectuelle ont actuellement lieu au sein de l'OMPI sur le financement d'opérations garanties par la propriété intellectuelle et les droits de propriété intellectuelle, et notamment sur l'effet des recommandations du projet de guide sur ces droits.

40. Le projet de guide reconnaît l'importance des droits de propriété intellectuelle en tant que source de crédit, qu'ils soient grevés directement ou indirectement (c'est-à-dire lorsque le bien affecté en garantie est du matériel auquel sont attachés des droits de propriété intellectuelle). Dans ce dernier cas, le bien grevé serait inutile si la sûreté ne s'étendait pas à la licence d'utilisation ou de vente du matériel (ce qui serait le cas si ce bien était, par exemple, un ordinateur comprenant des logiciels protégés par le droit d'auteur.)

41. Le projet de guide dispose donc que ses recommandations s'appliquent aux sûretés sur des droits de propriété intellectuelle dans la mesure où celles-ci ne sont pas incompatibles avec des lois ou des obligations internationales existantes de l'État adoptant concernant ces biens. Il attire aussi l'attention des États adoptants sur la nécessité d'examiner s'il conviendrait d'adapter certaines des recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés sur la propriété intellectuelle. Le Groupe de travail a estimé que le projet de guide ne pouvait pas traiter dans le détail ces adaptations car cela représenterait une tâche énorme qui exigerait plus de temps qu'il n'en avait pour achever le projet (au début de 2007 en vue de sa soumission à la commission à sa session de 2007).

---

[35] http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/dil/ (en espagnol).

[36] http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_foro_garantias_mobiliarias.asp (en espagnol).

[37] http://www.wipo.int/index.html.fr.

42. C'est pourquoi les secrétariats de l'OMPI et de la CNUDCI ont mené des consultations pour poursuivre leur collaboration sur la question de la propriété intellectuelle dans le cadre du projet de guide. Une réunion conjointe d'experts en matière d'opérations garanties et de propriété intellectuelle est prévue en septembre 2006, l'objet étant de formuler des propositions à l'intention de la Commission concernant l'ajout dans le projet de guide d'un chapitre ou d'un appendice traitant des sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle.

43. La Commission souhaitera peut-être prendre acte de ces travaux préparatoires et prier le secrétariat de lui soumettre une note à ce sujet pour qu'elle l'examine à sa quarantième session en 2007.

H. Banque mondiale[38]

44. Le département de la Banque mondiale chargé d'évaluer le climat de l'investissement a informé le secrétariat de son projet d'élaborer, avec l'assistance de consultants externes, un manuel destiné à la réforme des systèmes de sûretés dans le domaine du financement garanti, qui a pour but d'aider les chefs de projets travaillant avec des pays à appuyer la réforme des cadres juridiques et institutionnels en matière de crédit garanti.

45. La Commission souhaitera peut-être prier le secrétariat de suivre l'avancement des travaux sur le sujet en vue d'éviter tout chevauchement ou conflit entre ce texte et le projet de guide.

---

[38] http://www.banquemondiale.org.

Troisième partie

ANNEXES

I. ARTICLES RÉVISÉS DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

[Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4]

II. 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, ADOPTÉE PAR LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL LE 7 JUILLET 2006 À SA TRENTE-NEUVIÈME SESSION

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

Consciente du fait que les différents systèmes juridiques, sociaux et économiques du monde, ainsi que différents niveaux de développement sont représentés en son sein,

Rappelant les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

Convaincue que la large adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 juin 1958[1], a été un progrès notable dans la promotion de l'état de droit, en particulier dans le domaine du commerce international,

Rappelant que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution indiquant notamment qu'elle "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé",

Gardant à l'esprit les différences d'interprétation des exigences de forme énoncées dans la Convention qui sont dues en partie à des différences de formulation entre les cinq textes de la Convention faisant également foi,

Tenant compte du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention, qui vise notamment à permettre l'exécution dans la plus large mesure des sentences arbitrales étrangères, particulièrement en reconnaissant à toute partie intéressée le droit de se prévaloir de la législation ou des traités du pays où la sentence est

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

invoquée, même lorsque le régime offert par cette législation ou ces traités est plus favorable que celui de la Convention,

Considérant l'utilisation étendue du commerce électronique,

Tenant compte d'instruments juridiques internationaux comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[2] de 1985, telle que modifiée ultérieurement, en particulier en ce qui concerne son article 7[3], la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[4], la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[5] et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[6],

Tenant compte également des lois internes, ainsi que de la jurisprudence, plus favorables que la Convention à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales,

Considérant qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de la nécessité de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales,

1.*Recommande* qu'on applique le paragraphe 2 de l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, en reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs;

2.*Recommande également* que le 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, soit appliqué pour permettre à toute partie intéressée de 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.

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *quarantième session*, *Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I, et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

[3] Ibid., *soixante et unième session*, *Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

[4] Ibid., *cinquante et unième session*, *Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4, qui contient également l'article 5 *bis* adopté en 1998 et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne.

[5] Ibid., *cinquante-sixième session*, *Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), annexe II, et publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, qui contient également le Guide pour l'incorporation dans le droit interne.

[6] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

III. NOTE EXPLICATIVE RELATIVE À LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

[Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2]

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI*: NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/602) [Original: anglais]

I. Références générales . . . . . .
II. Vente internationale de marchandises . . . . . .
III. Arbitrage commercial international et conciliation . . . . . .
IV. Transport international . . . . . .
V. Paiements internationaux . . . . . .
VI. Commerce électronique . . . . . .
VII. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by . . . . . .
VIII. Passation de marchés . . . . . .
IX. Insolvabilité . . . . . .
X. Cession de créances . . . . . .
XI. Contrats internationaux de construction . . . . . .
XII. Échanges internationaux compensés . . . . . .
XIII. Projets d'infrastructure à financement privé . . . . . .
XIV. Sûretés . . . . . .
Annexe Textes juridiques de la CNUDCI . . . . . .

* La jurisprudence concernant les textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CLOUT) et les références bibliographiques connexes sont publiées dans la série A/CN.9/SER.C/-.

I. Références générales

Barres Benlloch, P. Nota informativa sobre la 37ª sesión del plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 24:97:214-224, 2005.

Béguin, J. *et* M. Menjucq, *eds*. Droit du commerce international. Paris, Lexis Nexis – Litec, 2005. xxii, 1119 p.

Спецвыпуск международная научно-практическая корференция на тему: "право международной торговли". *Вестник высшего хозяйственного суда Республики Беларусь* (Минск) 24:2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.court.by/about/conference/2005-10-13/

Espugues Mota, C. *et* D. Hargain, *eds*. Derecho del comercio internacional. MERCOSUR – Unión Europea. Montevideo – Buenos Aires – Madrid, Editorial B de F – Editorial REUS, 2005. xxiv, 774 p.

Folsom, R.H., M.W. Gordon, *et* J. Spanogle. International business transactions. 7 ed. St. Paul (Minnesota), Thomson West, 2004. xvii, 346 p.

Goode, R. Rule, practice and pragmatism in transnational commercial law. *International and comparative law quarterly* (Londres) 54:3:539-562, 2005.

Lannan, K. UNCITRAL: colloquium on international commercial fraud and ongoing work./Colloque de la CNUDCI sur la fraude commerciale internationale et travaux en cours. *Uniform law review*/*Revue de droit uniforme* (Rome) 10:4:838-857, 2005.
En anglais et en français.

La necesaria uniformidad interpretativa y <http://www.uc3m.es/cisg>. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:182:1-5, 2005.

Masahatu, O. UNCITRAL-SIAC kyōsai kokusai shōji chūsai ni kansuru moderuhō 20 shunen oyobi kokusai dōsanbutsuhin baibai ni kansuru kokurenjōyaku 25 shunen kinen kokusai kaigi. *JCA Journal* (Tokyo) 52:12:48-51, décembre 2005.
En japonais.
Titre en français: Conférence internationale CNUDCI-SIAC pour la célébration du vingtième anniversaire de la Loi type sur l'arbitrage commercial international et le vingt-cinquième anniversaire de la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises.

Sarkar, R. Transnational business law. La Haye, Kluwer law international, 2003. xlviii, 419 p.

Smit, H. The universalization of private law. *In* De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan. Paris, Société de législation comparée, 2005. p. 335-353.

II. Vente internationale de marchandises

Aschauer, C. La prescription des sentences arbitrales. *ASA bulletin* (La Haye) 23:4:593-609, 2005.

Azeredo da Silveira, M. Anticipatory breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.njcl.fi/2_2005/article1.pdf.

Baasch Andersen, C. The uniform international sales law and the global jurisconsultorium. *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 24:2:159-179, 2005.

Бахин, С. Принцип добросовестности в международных контрактных отношениях. *In* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 725-737. Avec un résumé en anglais.

Bevilacqua, T. L'article 3 de la Convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l'informatique: une lecture de la jurisprudence pertinente. *McGill law journal*(Montréal, Quebec) 50:553-593, 2005.

Campanale, S. Diritto del commercio internazionale e normativa comunitaria. Milano, Giuffrè editore, 2005. 127 p.

En italien.

Titre en français: Le droit commercial international et les règles de la Communauté européenne.

Voir en particulier le chapitre 5 concernant la CVIM.

CISG Advisory Council. CISG Advisory Council opinion no. 3, Parol evidence rule, plain meaning rule, contractual merger clause and the CISG, 23 October 2004. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:2:81-86, 2005.

CISG Advisory Council. CISG Advisory Council opinion no. 4, Contracts for the sale of goods to be manufactured or produced and mixed contracts (article 3 CISG) 24 octobre 2004. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:3:124-132, 2005.

CISG Advisory Council. CISG Advisory Council opinion no. 5, The buyer's right to avoid the contract in case of nonconforming goods or documents. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:1:35-48, 2006.

Avec un aperçu de la jurisprudence en annexe.

Article également publié dans *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.njcl.fi/2_2005/commentary2.pdf

Cohen, K.S. Achieving a uniform law governing international sales: conforming the damage provisions of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the uniform commercial code. *University of Pennsylvania journal of international economic law* (Philadelphia, Pennsylvanie) 26:3:601-622, 2005.

Comité consultatif de la CVIM. Avis n° 1 et n° 2 du Comité consultatif de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. *Journal du droit international* (Paris) 133:1:428-439, 2006.

Pour des références bibliographiques concernant la version anglaise, prière de se référer au document A/CN.9/581.

Eiselen, S. Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 38:1:32-46, 2005.

Ferrari, F. The CISG's uniform interpretation by courts - an update. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:2:233-252, 2005.

_____. La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé. *Journal du droit international* (Paris) 133:1:27-61, 2006.

_____. Fundamental breach of contract under the UN sales convention - 25 years article 25 CISG. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (Paris) 3:389-400, 2005.

_____. The formal validity of contracts for international sale of goods governed by the CISG - an overview of the case law. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (Paris) 1:85-90, 2004.

_____, *ed*. Quo vadis CISG? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Bruxelles-Munich-Paris, Bruylant - Sellier European law publishers – FEC, 2005. 323 p.

_____. What sources of law for contracts for the international sale of goods? *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:1:1-20, 2006.

Fountoulakis, C. Zurückbehaltungsrecht bei nicht ausgestellter Quittung im UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:6:244-249, 2005.

En allemand.

Titre en français: Le droit de conserver les marchandises en cas de non-délivrance d'un récépissé conformément à la CVIM.

Freiburg, N. Die Rügeobliegenheit des Käufers bei grenzüberschreitendem Warenverkehr. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:2:56-64, 2005.

En allemand.

Titre en français: Règles concernant la notification du défaut de conformité en matière de vente internationale.

Gabriel, H.D. Contracts for the sale of goods: a comparison of domestic and international law. Dobbs Ferry (New York), Oceana publications, 2004. v, 375 p.

_____. The CISG: raising the fear of nothing. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:2:219-221, 2005.

Grosshans, A. Reflections on the scope of the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:2:223-231, 2005.

Henschel, R.F. The conformity of goods in international sales. Copenhague, Forlaget Thomson, 2005. 328 p.

Huber, A. *et* L. Nicolas-Vullierme. L'accord des volontés dans le contrat de vente international: CVIM, codes civils français et allemand et code de commerce des Etats-Unis. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 6:816-825, 2005.

Huber, P. The availability of termination as a remedy for defective delivery. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:2:303-311, 2005.

Hulmák, M. Kontraktační proces podle Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží ve srovnáním s úpravou České republiky. *Právník* (Prague) 144:11:1219-1236, 2005.

En tchèque, avec un résumé en anglais.

Titre en français: La formation des contrats conformément aux codes civils et aux codes de commerce de la République tchèque et à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

Jacobs, M.S. *et* Y. Huang. An arbitrator's powers and duties under art. 114 of Chinese Contract Law in awarding damages in China in respect of a dispute under a contract governed by CISG. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 20:5:39-43, 2005.

_____ *et* _____. A rebuttal of Dr. Bruno Zeller's commentary "The CISG and the opting out clause pursuant to article 6 – a corrective reply". *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 20:10:28-30, 2005.

Janssen, A. Nach welchem Recht richtet sich die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Niederlanden? *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:4:155-158, 2005.

En allemand.

Titre en français: Quel est le droit qui détermine la validité de l'incorporation des conditions générales aux Pays-Bas?

Koch, R. Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:2:65-70, 2005.

Korpinen, A. On legal uncertainty regarding timely notification of avoidance of the sales contract. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 1: 2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.njcl.fi/1_2005/article1.pdf.

Kröll, S. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für einstweiligen Rechtsschutz bei ausländischem Schiedsort. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:4:142-147, 2005.

En allemand.

Titre en français: La compétence internationale des tribunaux allemands dans les procédures interlocutoires concernant des clauses compromissoires étrangères.

Kunda, I. *et* J. Mutabžija. Odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje trećih osoba s osnove intelektualnog vlasništva prema Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe.

Zbornik pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci (Rijeka, Croatie) 26:2:733-794, 2005.
En croate, avec des résumés en allemand, en anglais et en italien.
Titre en français: Responsabilité du vendeur en matière de droits ou de revendications d'un tiers fondés sur la propriété intellectuelle conformément à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

Leyens, P.C. The interpretative challenge of mistake and the validity loophole. *In* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2003-2004. Munich, Sellier European law publishers, 2005. p. 3-51.

Liu, C. Effects of avoidance: perspectives from the CISG, UNIDROIT principles and PECL and case law. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 1:2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.njcl.fi/1_2005/article2.pdf.

Lookofsky, J. CISG case commentary on pre-emption in Geneva Pharmaceuticals and Stawski. *In* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2003-2004. Munich, Sellier European law publishers, 2005. p. 115-122.

López Rodríguez, A.M. The duty to pay interest on advance payments under art. 84 (1) CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.njcl.fi/2_2005/commentary1.pdf.

_____. The effects of avoidance on obligations: the modes of restitution under the 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:2:291-302, 2005.

Lurger, B. Überblick über die Judikaturentwicklung zu ausgewählten Fragen des CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:5:177-188, 2005 (Part I); 5:6:221-232, 2005 (Part II).
En allemand.
Titre en français: Aperçu de la jurisprudence concernant des questions sélectionnées liées à la CVIM.

Martínez Cañellas, A. La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980. Grenade, Editorial Comares, 2004. xxii, 419 p.

Mazzotta, F.G. CISG Article 78: the endless disagreement among the commentators, much less among the courts. *In* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Munich, Sellier European law publishers, 2005. p. 123-161.

McMahon, J.P. Address: Pace University School of Law conference on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): primary differences between the UCC and the CISG. *In* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Munich, Sellier European law publishers, 2005. p. 91-103.

Meyer, F. Die Anwendung des UN-Kaufrechts in der US-amerikanischen Gerichtspraxis. *IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 25:5:462-467, 2005.
En allemand.
Titre en français: Application de la Convention des Nations Unies sur les ventes dans la pratique judiciaire des États-Unis.

Meyer, J. UN-Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 69:3:457-486, 2005.
En allemand.
Titre en français: La CVIM et la pratique juridique allemande.

Mittmann, A. Einheitliches UN-Kaufrecht und europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004. xvi, 195 p.
En allemand.
Titre en français: La Loi uniforme des Nations Unies sur les ventes et la Directive européenne concernant la vente de marchandises aux consommateurs.

Mohs, F. The restitution of goods on avoidance of the contract for lack of conformity within the scope of art. 82(2)(c) CISG: on the different treatment of defects in quality, third-party intellectual property rights, and defects in title as elements of the remedies for the buyer. *In* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Munich, Sellier European law publishers, 2005. p. 53-73.

Müller, T.M. *et* F. Togo. Die Berücksichtigung der Überzeugungskraft ausländischer Präzedenzfälle bei der Auslegung des CISG – Die neuere italienische Rechtsprechung als Vorreiter und Vorbild. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:3:102-107, 2005.
En allemand.
Titre en français: Application de la jurisprudence étrangère pour l'interprétation de la CVIM. La nouvelle jurisprudence italienne, précurseur et exemple.

Muranov, A.I. History of the official publication of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) in the Russian Federation in the context of application of international treaties in Russia. *Digest of the Moscow journal of international law* (Moscou) 166-203, 2000-2001.
Disponible en ligne à l'adresse: http://www.mjil.ru/files/journal.pdf and at: http://www.muranov.ru/research/pdf-picture/History.pdf.

Niibori, S. INCOTERMS 2000 to sono shuhen. *JCA journal* (Tokyo) 52:3:54-58, March 2005 (part I); 52:4:29-35, April 2005 (part II); 52:5:40-44, May 2005 (part III); 52:6:41-45, June 2005 (part IV); 52:7:28-32, July 2005 (part V); 52:8:42-47, August 2005 (part VI); 52:9:38-41, September 2005 (part VII).
En japonais.
Titre en français: Les INCOTERMS 2000 et les questions connexes.

Perovíc, J.S. Bitna povreda ugovora: medunarodna prodaja robe. Belgrade, Javno preduzece sluzbeni list SCG, 2004. 402 p.

En serbe.

Titre en français: Contravention essentielle au contrat: vente internationale de marchandises.

Ramberg, J. Address: Pace University School of Law conference on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): CISG-Advisory Council opinion no. 1 – electronic communications under the CISG. *In* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Munich, Sellier European law publishers, 2005. p. 105-112.

Remy-Corlay, P. Force majeure, imprévision et faute: la répartition des risques dans la Convention de Vienne. *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 2:354-357, 2005.

Robin, G. Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (Paris) 6:695-727, 2005.

En anglais et en français.

Romero Jiménez, M. La compraventa internacional de mercaderías. *Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado* (México D.F) 17:25-46, 2005.

Розенберг, М. Некоторые вопросы применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров в практике Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. *In* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 739-748. Avec un résumé en anglais.

Saenger, I. *et* E. Sauthoff. Die Aufrechnung im Anwendungsbereich des CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:5:189-195, 2005.

En allemand.

Titre en français: La compensation dans l'application de la CVIM.

Sauthoff, E. Auslegung der Art. 75, 76 CISG nach Treu und Glauben? *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:4:151-154, 2005.

En allemand.

Titre en français: L'interprétation des articles 75 et 76 de la CVIM selon les principes de la bonne foi?

Schlechtriem, P. Keynote address: Pace University School of Law conference on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Of words and issues - finding a common language for common issues. *In* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Munich, Sellier European law publishers, 2005. p. 79-90.

_____. *et* P. Perales Viscasillas. Interpretación en clave nacional de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías: STPI de Tudela (Espagne) de 29 marzo 2005. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:180:23-33, 2005.

Schroeter, U.G. UN-Kaufrecht (CISG) und Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – zugleich. *GPR – Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* (Frankfurt a. M.-München) 2:4:173-176, 2005.

En allemand.

Titre en français: La CVIM dans le contexte de la Directive de l'UE relative à la protection des consommateurs.

Schumacher, F. Kaufoptionsvertrag und Verwendungsrisiko im UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:4:147-151, 2005.

En allemand.

Titre en français: Le contrat d'option de vente et le risque d'utilité selon la CVIM.

Sein, K. *et* I. Kull. Die Bedeutung des UN-Kaufrechts im estnischen Recht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:4:138-142, 2005.

En allemand.

Titre en français: La pertinence de la CVIM en droit estonien.

Seliazniova, T. Prospective non-performance or anticipatory breach of contract (comparison of the Belarusian approach to CISG application and foreign legal experience). *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 24:1:111-140, 2004.

Sokolovski, I. Závaznost oferty - vhodný(é) model(y). *Právník* (Prague) 144:9:1040-1060, 2005.

En tchèque.

Titre en français: Caractère contraignant de l'offre – modèle(s) approprié(s).

Torsello, M. Remedies for breach of contract under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:2:253-290, 2005.

Treitel, G. Frustration and force majeure. London, Thomson – Sweet and Maxwell, 2005. lxxxii, 673 p.

Voir en particulier les paragraphes 6-048 et 15-043, 15-044.

Walker, G.C. Trade usages and the CISG: defending the appropriateness of incorporating custom into international commercial contracts. *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 24:2:263-280, 2005.

Weiszberg, G. Les premières années de jurisprudence sur la "contravention non essentielle" dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 1:106-116, 2006.

Witz, C. Droit uniforme de la vente internationale de marchandises: panorama 2004. *Recueil Dalloz* (Paris) 181:33:2281-2292, 2005.

_____. Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Bilans et perspectives. *Journal du droit international* (Paris) 133:1:5-25, 2006.

Wu, D. CIETAC's practice on the CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.njcl.fi/2_2005/article2.pdf.

Wurmnest, W. UN-Kaufrecht und Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei Nichterfüllung einer Alleinvertriebsvereinbarung durch den Lieferanten - zugleich eine Anmerkung zu Corte di Cassazione, Beschl. v. 1.7.2004. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:3:107-114, 2005.

En allemand.

Titre en français: La CVIM et la compétence du lieu d'exécution en cas de manquement à un contrat exclusif de distribution par le fournisseur – avec un commentaire sur la Corte di Cassazione, 1er juillet 2004.

Yovel, J. The seller's right to cure a failure to perform: an analytic comparison of the respective provisions of the CISG and the PECL *Nordic journal of commercial law* (Turku) 1: 2005.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.njcl.fi/1_2005/commentary1.pdf.

Zeller, B. Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Dobbs Ferry (New York), Oceana publications, 2005. xiii, 247 p.

_____. The CISG and the opting out clause pursuant to article 6 – a corrective reply. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 20:8:51-56, 2005.

Zhang, M. Choice of law in contracts: a Chinese approach. *Northwestern journal of international law & business* (Chicago, IL) 26:289-333, 2006.

Zimmermann, R. Comparative foundations of a European law of set-off and prescription. Cambridge, Cambridge University Press, 2002. xi, 182 p.

_____. Restitutio in integrum: the unwinding of failed contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code européen des contrats. *Uniform law review / Revue de droit uniforme* (Rome) 10:4:719-735, 2005.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Abramson, H.I. Mining mediation rules for representation opportunities and obstacles. *American review of international arbitration* (New York, New York) 15:1:103-109, 2004.

Andenas, M. *et* G. Sanders, *gen. eds.* Enforcing contracts in transition economies. Londres, British institute of international and comparative law, 2005. xvi, 205 p.

Arfazadeh, H. Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation. Bruxelles, Bruylant, 2005. xx, 352 p.

Aschauer, C. La prescription des sentences arbitrales. *ASA bulletin* (La Haye) 23:4:593-609, 2005.

Baykitch, A. *et* J. Truong. Innovations in international commercial arbitration – interim measures a way forward or back to the future. *The arbitrator & mediator* (Melbourne) 24:2:95-103, 2005.

Beraudo, J.P. Case law on articles 5, 8 and 16 of the UNCITRAL Model Arbitration Law. *Journal of international arbitration* (Londres) 23:1:101-114, 2006.

_____. Recognition and enforcement of interim measures of protection ordered by arbitral tribunals. A comparison with the Republic of Congo pre-arbitral referee case. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:3:245-254, 2005.

Bergsten, E.E. Some musings about the adoption of the UNCITRAL Arbitration Rules. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 9:2:213-217, 2005.

Binder, P. International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL model law jurisdictions. Deuxième édition, Londres, Sweet & Maxwell, 2005. xlvi, 550 p.

Castellani, L. UNCITRAL developments on arbitration agreements in electronic form. *The arbitrator & mediator* (Melbourne) 24:1:19-24, 2005.

Cato, D.M. The English Arbitration Act 1996: a comparison of UNCITRAL model law and the rules of law of the UAE. *DIAC journal* (Dubaï) 1:4:17-37, 2005.
En anglais et en arabe.

Chovancovà, K. Rozhodcovské pravidlá medzinárodhej obchodnej komory v bankovej praxis. *Právník* (Prague) 144:8:893-924, 2005.
En tchèque.
Titre en français: Le règlement d'arbitrage de la CCI dans la pratique bancaire.

Cohen, J. Practical issues to consider in relation to enforcing and resisting enforcement of international arbitration awards. *Asian dispute review* (Hong Kong) 22-27, janvier 2006.

Conejero Roos, C. The new Chilean arbitration law and the influence of the model law. *Journal of international arbitration* (La Haye) 22:2:149-162, 2005.

Cordero Moss, G. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties? *Stockholm international arbitration review* (Stockholm) 1:1-21, 2005.

Danelius, H. The New York Convention: the practice of Swedish courts. *Stockholm arbitration report* (Huntington, New York) 2:35-46, 2004.

Drahozal, C. The making of the award: comments on case law developments under the UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:183-190, 2005.

Eksi, N. General evaluation of the Turkish international arbitration act. *International arbitration law review* (Londres) 8:3:87-94, 2005.

El Motei, A. Local court intervention in international arbitration. *DIAC journal* (Dubaï) 1:4, 64-72, 2005.
En anglais et en arabe.

Engert, A. Der international-privatrechtliche und sachrechtliche Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Aktiengesellschaft. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (Heidelberg) 104:444-460, 2005.
En allemand.
Titre en français: Champ d'application de la loi de la Societas Europaea en droit international privé et en droit des biens.

Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts. Mit Erläuterungen von Paul Oberhammer. Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen Band XXVII. Wien, Manz, 2002. VIII, 160 p.

Ezrahi, A.M. Arbitration in the Arab Middle-East: a snapshot. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 20:11:33-42, 2005.

Fremuth-Wolf, A. Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall. Wien, Verlag Österreich, 2004. 324 p.

En allemand.

Titre en français: La clause compromissoire dans la cession.

Ganguli, A.K. International commercial arbitration and enforcement of foreign awards in India. *In* India and international law. Patel B.N., *ed*. Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2005. p. 319-343.

Giambastiani, C.A. Lex loci arbitri and annulment of foreign arbitral awards in U.S. courts. *American university international law review* (Washington) 20:1101-1112, 2005.

González de Cossío, F. Chauvinism rejected: Mexican Supreme Court upholds the constitutionality of the Mexican arbitration statute. *Journal of international arbitration* (La Haye) 22:2:163-166, 2005.

Грешников, И. Международный и внутренний арбитраж понятие и компетенция. *Журнал ЮРИСТ* (Алматы) 4:46, 2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.zakon.kz/magazine/archive/2005_04_10.asp.

Grigera Naón, H.A. Arbitration and Latin America: progress and setbacks. 2004 Freshfields lecture. *Arbitration international* (La Haye) 21:2:127-176, 2005.

Voir en particulier les pages 168 à 172 concernant la relation entre la Convention de New York de 1958 et les traités régionaux d'arbitrage.

Gu, W. Security of costs in international commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:3:167-205, 2005.

Hamilton, C.A. *et* E.M. Vázquez. Interim measures and the new Spanish arbitration act. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 20:6:22-28, 2005.

Horey, M. Translation of the recent Japanese law on arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 16:11:340-353, 2005.

Avec, en notes de bas de page, des références à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985.

Horn, N. The arbitration agreement in light of case law of the UNCITRAL model law (arts. 7 and 8). *International arbitration law review* (Londres) 8:5:146-152, 2005.

Howell, D. Interim measures of protection in international arbitration proceedings: towards a new paradigm? *Asian dispute review* (Hong Kong) 18-21, janvier 2006.

Japon, droit de l'arbitrage. *Model law materials* (Culoz, France) 5:1:11-13, 2005.

Contient en annexe, en anglais et en japonais, le texte de la loi japonaise de 2003 sur l'arbitrage ainsi qu'un tableau de concordance avec les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

Jiménez Figueres, D. *et* A. Armer Rios. Notes on the new Chilean law on international arbitration. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 20:7:21-33, 2005.

Jørgensen, J.C. *et* D. Terkildsen. The new Danish arbitration act. *International arbitration law review* (Londres) 8:6:203-210, 2005.

Kachwaha, A. The arbitration law of India: a critical analysis. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 1:2:107-126, 2005.

Kadjo, P. The African Union and international commercial arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 16:6:185-196, 2005.

Kakolecki, A. *et* P. Nowaczyk. Poland's new arbitration legislation. *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (Paris) 16:2:41-46, 2005.

Katz, L.V. Arbitration as a bridge to global markets in transitional economies: the Republic of Cuba. *Willamette journal of international law & dispute resolution* (Salem, Oregon) 13:109-148, 2005.

Kee, C. Set-off in international arbitration – what can the Asian region learn? *Asian international arbitration journal* (Singapour) 1:2:141-160, 2005.

Khvalei, V. *et* J. Benedictsson. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the Russian Federation. *Stockholm international arbitration review* (Stockholm) 1:23-48, 2005.

Kleinheisterkamp, J. International commercial arbitration in Latin America. Dobbs Ferry (New York), Oceana publications inc., 2005. xxx, 691 p.

Knieper, R. The not-so-silky road to commercial arbitration in post-Soviet countries. Global reflections on international law, commerce and dispute resolution. *In* Aksen G., Böckstiegel K.-H., Mustill M.J., Patocchi P.M., Whitesell A.M. eds. Liber amicorum in honour of Robert Briner. Paris, ICC Publishing, 2005. p. 463-475.

Комаров, А. Применение материально-правовых норм при разрешении споров международным коммерческим арбитражем. *In* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 313-324. Avec un résumé en anglais.

Корабельников, Б. *и* А. Маковский. Арбитрабильность споров: российский подход. *In* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 271-301. Avec un résumé en anglais.

Kotiranta, K. *et* T. Ylikantola. Kansainvälisen välimiesmenettelyn salassapitovelvollisuudesta. *Defensor legis* (Helsinki) 86:2:303-330, 2004.
En finlandais.
Titre en français: Le devoir de confidentialité dans l'arbitrage international.

Koussoulis, S. Greek arbitration law - introduction. *Model law materials* (Culoz, France) 5:1:85-86, 2005.
Contient en annexe le texte de la loi grecque sur l'arbitrage de 1999, en anglais et en grec.

Kröll, S. Setting aside proceedings in model law jurisdictions - selected procedural and substantive questions from the case law. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:170-178, 2005.

Kurkela, M.S. Due process in international commercial arbitration. Dobbs Ferry (New York), Oceana publications inc., 2005. xx, 485 p.
Voir en particulier les pages 7 à 34 concernant les garanties de la défense dans la Convention de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Liebscher, C. Interpretation of the written form requirement art. 7(2) UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:164-169, 2005.

Lynch, K. The forces of economic globalization. Challenges to the regime of international commercial arbitration. La Haye, Kluwer law international, 2003. xii, 466 p.

Malaysia adopts new arbitration law based on UNCITRAL *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:1:19, 2006.

Maniruzzaman, A.F.M. The Bangladesh Arbitration Act 2001 – some reflections. *Asian dispute review* (Hong Kong) 73-75, octobre 2005.

Merkin, R. Arbitration law. London - Singapore, LLP, 2004. cxii, 1080.
Voir en particulier les paragraphes 1.8 à 1.22 concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et le droit anglais.

Meurs-Gerken, P.R. Distinctive features of the new Danish arbitration act. *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (Paris) 16:2:47-49, 2005.

Mistelis, L.A. Confidentiality and third party participation. *Arbitration international* (La Haye) 21:2:211-231, 2005.

Müller, C. International arbitration. A guide to the complete Swiss case law (unreported and reported). Zürich - Basel - Genève, Schulthess juristische medien AG, 2004. xxx, 332 p.

Voir en particulier les pages 221 à 276 concernant l'application de la Convention de New York de 1958.

Najjar, N. L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international. Paris, L.G.D.J., 2004. xviii, 618 p.

Nakamura, T. Appointment of arbitrators according to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:179-182, 2005.

_____. Études de cas concernant le droit de l'arbitrage: les conventions écrites d'arbitrage. *JCA Journal* (Tokyo) I in 52:3:31-33, mars 2004; II in 52:4:13-15, avril 2004; III in 52:5:28-31, mai 2004.

En japonais.

Neuhaus, J.E. Current issues in the enforcement of international arbitration awards. *The university of Miami Inter-American law review* (Miami, Floride) 36:1:23-39, 2004.

Oghigian, H. Japan's new arbitration law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 56-57, juillet 2005.

_____. Japan's new arbitration law. *Arbitration* (Londres) 71:4:344-346, 2005.

Onyema, E. Selection of arbitrators in international commercial arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 8:2:45-54, 2005.

Oyarzabal, M.J.A. Jurisdiction over international electronic contracts: a view on inter-American, MERCOSUR, and Argentine rules. *Temple international and comparative law journal* (Philadelphia, Pennsylvanie) 19:87-104, 2005.

Perales Viscasillas, P. Case law on the recognition and enforcement of arbitral awards under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:191-201, 2005.

Pozzi, V. Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 1:17-44, 2005.

En italien.

Titre en français: L'arbitrage et les mesures conservatoires: profils comparés.

Rau, A.S. The culture of American arbitration and the lessons of ADR. *Texas international law journal* (Austin, Texas) 40:449-536, 2005.

Reed, L. Mixed private and public international law solutions to international crises. *In* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haye. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005. p. 177-410. (v. 306).

Voir en particulier les pages 266 à 285 concernant l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI par le Tribunal Iran-États-Unis des réparations.

Roughton, D. A brief review of the Japanese arbitration law. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 1:2:127-140, 2005.

Rico, R.M. Searching for standards: suspension of enforcement proceedings under article VI of the New York Convention. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 1:1:69-82, 2005.

Rubins, N. The enforcement and annulment of international arbitration awards in Indonesia. *American university international law review* (Washington) 20:359-402, 2005.

Saleh, S. Commercial arbitration in the Arab Middle East. 2 ed. Oxford – Portland (Oregon), Hart Publishing, 2006. xxx, 478 p.

Sanders, P. UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration: present situation and future. *Arbitration international* (La Haye) 21:4:443-482, 2005.

Sharaf El Din, A. Arbitration period and courts power to order suspension of arbitration procedures (comment on procedural order issued by president of Cairo appeal court). *DIAC journal* (Dubaï) 1:4, 49-63, 2005.
En anglais et en arabe.

Shepherd, C. *et* A. Chiu. A challenge to the appointment of an arbitrator under the UNCITRAL Rules. *Asian dispute review* (Hong Kong) 78-80, octobre 2005.

_____. *et* E. Gooding. Hong Kong case report: applying article 8(1) of the UNCITRAL Model Law – New Sound Industries Ltd. v. Meliga Ltd. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 1:1:95-101, 2005.

Simović, A. Prikaz arbitražnih pravila stalne arbitraže pri privrednoj komori slovenije. *Strani pravni život* (Beograd) 34:1:153-169, 2005.
En serbe.
Titre en français: Examen du Règlement de la Cour permanente d'arbitrage rattachée à la Chambre de commerce et d'industrie de Slovénie.

Sorieul, R. UNCITRAL's current work in the field of international commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:6:543-568, 2005.

Spiegelberger, W.R. Russian court practice enforcing foreign arbitral awards: an overview. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:4:351-356, 2005.

Stacher, M. You don't want to go there – antisuit injunctions in international commercial arbitration. *ASA bulletin* (La Haye) 23:4:640-654, 2005.

Сулейменов, М. Новое законодательство об арбитраже (научно-практический комментарий). *Журнал ЮРИСТ* (Алматы) 1:43, 2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.zakon.kz/magazine/archive/2005_01_2.asp.

Tepeš, N. The more favorable right provision of art. VII of the New York Convention and its application to the form of arbitration agreements. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 12:125-153, 2005.

Thomas, J.C. Interim measures in international arbitration: finding the best answer. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 12:213-222, 2005.

To, A. Incorporating an arbitration agreement. *Asian dispute review* (Hong Kong) 38-42, juillet 2005.

UNCITRAL achieves consensus on interim measures in arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 16:3:83, 2005.

Uzelac, A. Jurisdiction of the arbitral tribunal: current jurisprudence and problem areas under the UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:153-163, 2005.

_____. Written form of the arbitration agreement: towards a revision of the UNCITRAL Model Law. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 12:111-123, 2005.

Van de Hout, T.T. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. *In* Les conférences du CEDROMA. Vol. I. Les traités d'entraide judiciaire, d'extradition et d'arbitrage entre le Liban et les pays arabes. Bruxelles, Bruylant, 2004. p. 233-239.

Von Hase, A.M. Arbitration and E-commerce related disputes: legal barriers and challenges. *In* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruxelles, Bruylant, 2005. p. 579-599.

Wang, S.C. *et* S.E. Hilmer. China arbitration law v. UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 9:1:1-7, 2006.

Winstanley, A. UNCITRAL heralds the age of ex parte measures. *Model law materials* (Culoz, France) 5:1:5-7, 2005.

Wong, J. The issuance of interim measures in international disputes: a proposal requiring a reasonable possibility of success on the underlying merits. *Georgia journal of international and comparative law* (Athens, Georgia) 33:605-621, 2005.

Zhao, Y. Dispute resolution in electronic commerce. Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2005. xiii, 292 p.

Зыкин, И. Альтернативное разрешение споров и коммерческий арбитраж. *In* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij.

A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. p. 303-311.

IV. Transport international

Alcántara, J.M. Propuesta de anteproyecto de Ley General de la navegación marítima. Algunas reflexiones desde la plaza y una valoración. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:178-179:5-15, 2005.

Asariotis, R. Some recent developments at UNCITRAL and UNCTAD. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 11:1:69-71, 2005.

Crowley, M.E. The limited scope of the cargo liability regime covering carriage of goods by sea: the multimodal problem. *Tulane law review* (New Orleans, Louisiane) 79:5-6:1461-1504, 2005.

Derrington, S. La Haye Rules – a lost opportunity. *The law quarterly review* (Londres) 121:209-213, 2005.

Girvin, S. Bills of lading and straight bills of lading: principles and practice. *Journal of business law* (Londres) 86-116, janvier 2006.

González Lapeyre, E. Transport maritime et régime portuaire. *In* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haye. (voir 308.) Leiden, Martinus Nijhoff, 2005. p. 253-378.

Voir en particulier le chapitre II, sur la responsabilité dans le contrat de transport maritime.

Haak, K.F. The harmonization of intermodal liability arrangements. *European transport law/Droit européen des transports* (Anvers) 40:1:11-51, 2005. Haak, K. *et* M. Hoeks. Intermodal transport under unimodal arrangements. Conflicting conventions: the UNCITRAL/CMI draft instrument and the CMR on the subject of intermodal contracts. *Transportrecht* (Neuwied, Allemagne) 28:3:89-102, 2005.

Honka, H. UNCITRALs konventionsutkast om transport av gods. Tillämpningsregler. *Tidskrift utgiven av jurisdika föreningen i Finland* (Helsingfors) 4-5:530-540, 2005.

En suédois.

Titre en français: Le projet de convention de la CNUDCI sur le transport des marchandises. Champ d'application.

Marrella, F. Unity and diversity in international arbitration: the case of maritime arbitration. *American university international law review* (Washington) 20:1055-1100, 2005.

Murungi, J.E.N. *et* L.J. Kotzé. Environmental liability under the Terminal Operators Convention: a South African perspective. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 38:1:47-74, 2005.

Nikaki, T. The UNCITRAL draft instrument on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]: multimodal at last or still at sea? *Journal of business law* (Londres) 647-658, septembre 2005.

Pejovic, C. The straight bill of lading: do we really need it? *European transport law/Droit européen des transports* (Anvers) 40:3:303-319, 2005.

Sturley, M.F. Overruling Sky Reefer in the international arena: a preliminary assessment of forum selection and arbitration clauses in the new UNCITRAL transport law convention. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 37:1:1-21, 2006.

_____. Solving the scope-of-application puzzle: contracts, trades, and documents in the UNCITRAL transport law project. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 11:1:22-41, 2005.

Sweeney, J.C. Exculpatory clauses in global transport: crossing the Himalayas. Norfolk Southern Railway Co. v. James N. Kirby, Pty Ltd., 125 S.Ct. 385, 2004 AMC 2705 (2004). *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 36:2:155-199, 2005.

V. Paiements internationaux

Rodner, J.O. El dinero: obligaciones de dinero y de valor, la inflación y la deuda en moneda extranjera. 2 ed. Caracas: Academia de ciencias políticas y sociales, Centro de investigaciones jurídicas, 2005, 1172 p.

VI. Commerce électronique

Бахин, С.В. *и* А.В. Зажигалкин. Электронная коммерция: правовые проблемы конвенционного регулирования. *Журнал международного частного права* (Санкт-Петербург) 38:4:1-19, 2002.

Bakhin, S.V. *et* A.V. Zazhigalkin. Electronic commerce: legal problems of conventional regulation. *Journal of private international law* (Saint-Pétersbourg) 38:4:19-33, 2002.

Traduction en anglais de l'original russe.

Benabou, V.L. Should there be a minimum harmonization of the law? *In* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruxelles, Bruylant, 2005. p. 167-178.

Blythe, S.E. Hong Kong electronic signature law and certification authority regulations: promoting E-commerce in the world's "most wired" city. *North Carolina journal of law & technology* (Chapel Hill, North Carolina) 7:1:1-65, 2005.

Brin, J. P. The protective roles of the law as regards technology. *In* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruxelles, Bruylant, 2005. p. 467-481.

Caprioli, E.A. International aspects of electronic commerce. *In* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruxelles, Bruylant, 2005. p. 179-189.

Castellani, L. UNCITRAL developments on arbitration agreements in electronic form. *The arbitrator & mediator* (Melbourne) 24:1:19-24, 2005.

D'Avila Dutra, R. *et* H. Dias Carneiro. Electronic contracts and signatures in Brazil. *In* Comparative law yearbook of international business; volume 27, 2005. La Haye, Kluwer Law International, 2005. p. 3-21.

Draetta, U. Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati. Deuxième édition, Milan, Giuffrè editore, 2005. 251 p.

En italien.

Titre en français: L'Internet et le commerce électronique en droit international des affaires.

Voir en particulier les pages 90 à 98 concernant la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et les pages 116 à 117 concernant la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

_____. Internet et commerce électronique en droit international des affaires. *In* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haye. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005. p. 9-232. (v. 314)

Eko, L. *et* N. Tolstikova. To sign or not to sign on the electronic dotted line: the United States, the Russian Federation, and international electronic signature policy. *International journal of communications law and policy* (Münster, Allemagne – New Haven, Connecticut, États-Unis d'Amérique) 10:5,2005. Disponible en ligne à l'adresse: http://www.ijclp.org/10_2005/pdf/ijclp_05_10_2005.pdf.

Estrella Faria, J.A. Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. *Journal du droit international* (Paris) 133:1:393-403, 2006.

Gregory, J.D. Canadian and American legislation on electronic signatures with reflections on the European Union directive. *In* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruxelles, Bruylant, 2005. p. 399-413.

Intven, H., R. Pfohl, C. Slusarchuk *et* B. Sookman. Legal and regulatory aspects of E-commerce and the Internet. *The World Bank legal review: law and justice for development* (Washington) 1:3-159, 2003.

New draft convention for electronically created agreements. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 16:11:335, 2005.

Mas, F. La conclusion des contrats du commerce électronique. Paris, LGDJ, 2005. xii, 442 p.

Martin, C.H. The UNCITRAL electronic contracts convention: will it be used or avoided? *Pace international law review* (White Plains, New York) 17:261-300, 2005.

Natsui, T. Electronic contracts and signatures in Japan. *In* Comparative law yearbook of international business; volume 27, 2005. La Haye, Kluwer Law International, 2005. p. 23-66.

Niibori, S. Gurōbaru shōtorihiki-hō kakuron kokusaï keiyaku ni okeru denshi tsūshin no shiyō ni kan suru kokuren jōyaka. *JCA journal* (Tokyo) 53:3:46-51, mars 2006 (partie I).

En japonais.

Titre en français: Essais sur les contrats commerciaux internationaux: la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

Oyarzabal, M.J.A. Jurisdiction over international electronic contracts: a view on inter-American, MERCOSUR, and Argentine rules. *Temple international and comparative law journal* (Philadelphia, Pennsylvanie) 19:87-104, 2005.

Paterson J., A. Robertson *et* P. Heffey. Contract cases and materials. 10 ed. Sydney, Lawbook co., 2005. lix, 1214 p.

Voir en particulier le paragraphe 3.240 concernant la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

Perales Viscasillas, M. Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (proyecto de 2005) e ICC eTerms 2004. *elDial.com. Suplemento de derecho internacional privado y de la integración*. 25 novembre 2005. Revue en ligne.

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:177:33-38, 2005.

Railas, L. Sähköiset sopimukset kansainvälisessä kaupassa – UNCITRALin uusi yleissopimus. *Defensor legis* (Helsinki) 86:6:1268-1291, 2005.

En finlandais.

Titre en français: Les cybercontrats dans le commerce international.

Sorieul, R. The UNCITRAL's Model Law on Electronic Signatures. *In* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruxelles, Bruylant, 2005. p. 389-397.

Von Hase, A.M. Arbitration and E-commerce related disputes: legal barriers and challenges. *In* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruxelles, Bruylant, 2005. p. 579-599.

Зажигалкин, А.В. Международно-правовое регулирование электронной коммерцой. Санкт-Петербург, ТЕХМАШ, 2005. 28 с. Автореферат.

Zhao, Y. Dispute resolution in electronic commerce. Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2005. xiii, 292 p.

VII. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by

Barnes, J.G. Paper on scope of draft UNCITRAL legislative guide on secured transactions with respect to letters of credit. *In* The 2005 annual survey of letter of credit law & practice. Byrne J.E. et C.S. Byrnes, *eds.* Montgomery Village (MD) Institute of international banking law & practice, 2005. p. 186-189.

Bertrams, R.F. Bank guarantees in international trade. Troisième révision révisée. La Haye, Kluwer law international, 2004. xxviii, 562 p.

VIII. Passation de marchés

Mosoti, V. Reforming the laws on public procurement in the developing world: the example of Kenya. *International and comparative law quarterly* (Londres) 54:3:621-649, 2005.

Nwogwugwu, E. Towards the harmonization of international procurement policies and practices. *Public procurement law review* (Londres) 14:3:131-152, 2005.

Trepte, P. Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. New York (New York) Oxford University Press, 2004. xiv, 411 p.

Yukins, C.R. *et* D. Wallace, Jr. UNCITRAL considers electronic reverse auctions, as comparative public procurement comes of age in the United States. *Public procurement law review* (Londres) 14:4:183-202, 2005.

IX. Insolvabilité

Abeyratne, S. Third UNCITRAL/INSOL international insolvency colloquium. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) premier trimestre 2006, p. 34.

Baillo Morales-Arce, J. Impulso a los trabajos de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 24:99:272, 2005.

Biery, E.H., L.B. Jason *et* J.D. Cornwell. A look at transnational insolvencies and chapter 15 of the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005. *Boston college law review* (Boston, Massachusetts) 47:23-57, 2005.

El-Boraei, R. Forum of competent jurisdiction: lessons from the European Union insolvency regulation. *The international lawyer* (Chicago, Illinois) 39:4:781-816, 2005.

Garašić, J. Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 2005, 2 vols., 499 p., 633 p.
En allemand.
Titre en français: Reconnaissance des procédures étrangères de faillite.

Greene, J. Bankruptcy beyond borders: recognizing foreign proceedings in cross-border insolvencies. *Brooklyn journal of international law* (New York, New York) 685-727, 2005.

Heath, P. Sixième colloque conjoint CNUDCI/INSOL. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) troisième trimestre 2005. p. 7.

The implementation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Great Britain. *Freshfields Bruckhaus Deringer News release*, 4 avril 2006.

Kurth, M. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency gains momentum with its incorporation in the United States Bankruptcy Code. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) troisième trimestre 2005. p. 25-26.

Leonard, B. Reforming Chapter 11: an international perspective. *Eurofenix* (Wallingford, Royaume-Uni) automne 2005, 14-15.

Lyons, H. *et* J. Tillman. Cross-border insolvency: a patchwork quilt. *Eurofenix* (Wallingford, Royaume-Uni) automne 2005, 7.

Riddler, G. *et* E. Widdowson. A model law on cross-border insolvency? *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) premier trimestre 2006, p. 29.

Rüfner, T. Neues internationales Insolvenzrecht in den USA. *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Cologne) 26:42:1859-1865, 2005.
En allemand.
Titre en français: Le nouveau droit international de l'insolvabilité aux États-Unis d'Amérique.

Smith, C. Who takes charge after cross-border failure? *Financial times* (Londres) 23 février 2006, 11.

Westbrook, J.L. Chapter 15 at last. *The American bankruptcy law journal* (Lexington, South Carolina) 79:713-729, 2005.

X. Cession de créances

Bazinas, S.V. *et* L. Meinhard (Hrsg.) Das UN-Abtretungsübereinkommen. Vienne, Springer-Bank Verlag, 2005. 135 p.

Horn, R. Die UN-Konvention über Forderungsabtretungen als Einheitrecht. *In* Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag. E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller, *eds*., Bern-München, Stämpfli Verlag AG-Verlag C.H. Beck, 2005. p. 373-386.

En allemand.

Titre en français: La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international en tant que droit uniforme.

Kieninger, E.M. Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrecht (Teil II). *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Francfort) 59:50-52:2353-2359, 2005.

En allemand.

Titre en français: Réformes nationales, européennes et mondiales du droit des sûretés mobilières (Partie II).

_____. *et* E. Schütze. Die Forderungsabtretung im Internationalen Privatrecht. *IPRax* (Bielefeld) 25:3:200-208, 2005.

Wiegand, W. *et* C. Zellweger-Gutknecht. Assignment. *in* UNIDROIT principles: new developments and applications. Paris, ICC International Court of Arbitration Bulletin, supplément spécial, [no. 662] 2005. p. 27-41.

XI. Contrats internationaux de construction

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique*.]

XII. Échanges internationaux compensés

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique*.]

XIII. Projets d'infrastructure à financement privé

De Cazalet, B. *et* J. Crothers. Présentation des Dispositions législatives type sur les projets d'infrastructure à financement privé. Additif du Guide législatif de la CNUDCI. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 1:33-41, 2004.

Wallace, D., Jr. Creating law in changing societies: the case of law for privately financed infrastructure projects. *In* Liber amicorum Ibrahim F.I. Shihata. S. Schlemmer-Schulte et Ko-Yung Tung, eds. La Haye, Kluwer law international, 2001. p. 827-838.

_____. Private and capital infrastructure: tragic? Useful and pleasant? Inevitable? *In* Privatising development: transnational law, infrastructure and human rights. M.B. Likosky, *ed.* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 131-145.

XIV. Sûretés

Bazinas, S.V. The UNCITRAL draft legislative guide on secured transactions. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Rome) 10:1-2:141-154, 2005.

Bourbon-Seclet, C. Cross-border security interest in movable property: an attempt at rationalizing the international patchwork. Part 2. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 20:10:501-513, 2005.

Machoka, P. The need for efficient and effective secured transactions regimes in sub-Saharan Africa: the case for Kenya. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 20:8:395-401, 2005.

Annexe

Textes juridiques de la CNUDCI

Titre abrégé	*Titre complet*
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[a]
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[b], et Protocole portant modification de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[c]
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[d]
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)[e]
Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre (1988)	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988)[f]
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)[g]
Guide de la CNUDCI sur les contrats de construction (1987)	Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations (1987)[h]
Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[i]

---

[a] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.

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

[c] *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.

[d] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), partie II.

[e] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.

[f] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

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

[h] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10.

[i] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

Titre abrégé	*Titre complet*
Guide de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)	Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)[j]
Guide de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure (2001)	Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2001)[k]
Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)	Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)[l]
Guide de la CNUDCI sur les échanges compensés (1992)	Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992)[m]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[n]
Loi type de la CNUDCI sur la conciliation (2002)	Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[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]
Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés (1994)	Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services (1994)[s]
Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure (2003)	Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003)[t]
Convention des Nations Unies sur la cession de créances (2001)	Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[u]

---

[j] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.9.
[k] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.
[l] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), Chapitre III.
[m] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.7.
[n] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.
[o] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.
[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.98.V.13.
[t] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.11.
[u] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

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]
Convention des Nations Unies sur la vente (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[x]
Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport (1991)	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (1991)[y]

[v] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale du 9 décembre 2005.
[w] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.
[x] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.
[y] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, Vienne, 2-19 avril 1991* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.93.XI.3), partie I, document A/CONF.152/13, annexe.

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

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-neuvième session	
	1. Documents à distribution générale	
A/CN.9/587	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la trente-neuvième session	
A/CN.9/588	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 5-9 septembre 2005)	Deuxième partie, chap. I, A
A/CN.9/589	Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-troisième session (Vienne, 3-7 octobre 2005)	Deuxième partie, chap. II, A
A/CN.9/590	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa huitième session (Vienne, 7-11 novembre 2005)	Deuxième partie, chap. III, A
A/CN.9/591 et Corr.1	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa seizième session (Vienne, 28 novembre-9 décembre 2005)	Deuxième partie, chap. IV, A
A/CN.9/592	Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-quatrième session (New York, 23-27 janvier 2006)	Deuxième partie, chap. II, E
A/CN.9/593	Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa neuvième session (New York, 30 janvier-3 février 2006)	Deuxième partie, chap. I, D
A/CN.9/594	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006)	Deuxième partie, chap. IV, M
A/CN.9/595	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa neuvième session (New York, 24-28 avril 2006)	Deuxième partie, chap. III, E
A/CN.9/596	Note du Secrétariat sur le droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles	Deuxième partie, chap. V, B
A/CN.9/597	Note du Secrétariat sur les évolutions dans le domaine du droit de l'insolvabilité: incorporation et interprétation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et évolution de l'interprétation de la notion de "centre des intérêts principaux" dans l'Union européenne	Deuxième partie, chap. V, C

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/598	Note du secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international	Deuxième partie, chap. IX
A/CN.9/598/Add.1	Note du secrétariat sur les travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics	Deuxième partie, chap. IX
A/CN.9/598/Add.2	Activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit relatif aux sûretés réelles mobilières	Deuxième partie, chap. IX
A/CN.9/599	Note du Secrétariat sur l'assistance technique	Deuxième partie, chap. VII
A/CN.9/600	Note du secrétariat sur la fraude commerciale: travaux en cours et travaux futurs possibles	Deuxième partie, chap. V, D
A/CN.9/601	État des conventions et des lois types	Deuxième partie, chap. VIII
A/CN.9/602	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	
A/CN.9/603	Rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa dixième session (New York, 1er-5 mai 2006)	Deuxième partie, chap. I, F
A/CN.9/604	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique	Deuxième partie, chap. V, A
A/CN.9/605	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires	Deuxième partie, chap. II, H
A/CN.9/606	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: forme de la convention d'arbitrage	Deuxième partie, chap. II, I
A/CN.9/607	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: projet de déclaration relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York	Deuxième partie, chap. II, J
A/CN.9/608 et Add.1 à 4	Note du Secrétariat concernant les aspects juridiques du commerce électronique: note explicative relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux	
A/CN.9/609 et Add.1 à 6	Note du Secrétariat concernant le projet de dispositions législatives sur les mesures provisoires et la forme de la convention d'arbitrage: commentaires reçus d'États membres et d'organisations internationales	Deuxième partie, chap. II, K
A/CN.9/610 et Corr.1	Note du Secrétariat sur les travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux	Deuxième partie, chap. II, L

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/610/Add.1	Note du Secrétariat sur les travaux futurs pouvant être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Deuxième partie, chap. II, L
A/CN.9/611	Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties: sûretés réelles mobilières sur des créances	Deuxième partie, chap. I, I
A/CN.9/611/Add.1	Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties: sûretés réelles mobilières sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant, des instruments négociables et des documents négociables	Deuxième partie, chap. I, I
A/CN.9/611/Add.2	Note du Secrétariat concernant les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. I, I
A/CN.9/611/Add.3	Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. I, I
A/CN.9/612	Note du Secrétariat concernant le droit des transports: élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – proposition commune de l'Australie et de la France sur la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de tonnage	Deuxième partie, chap. IV, X
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/XXXIX/CRP.1 et Add.1 à 24	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-neuvième session	Non reproduit
A/CN.9/XXXIX/CRP.2	Projet de rapport: Grandes lignes du programme du Congrès de la CNUDCI sur le thème "Un droit moderne pour le commerce mondial"	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XXXIX/INF.1 et Rev.1	Liste des participants	Non reproduit
A/CN.9/XXXIX/INF.2	Programme de la réunion spéciale pour la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux	

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	B. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.20	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5	Note du Secrétariat sur les sûretés: recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session	Deuxième partie, chap. I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.22 et Add.1	Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session	Deuxième partie, chap. I, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/VIII/ CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail sur les sûretés à sa huitième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/VIII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit
	C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les sûretés à sa neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.23	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5	Note du Secrétariat sur les sûretés: recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa neuvième session	Deuxième partie, chap. I, E
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/IX/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail sur les sûretés à sa neuvième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/IX/CRP.2	Recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/IX/CRP.3	Proposition de la Commercial Finance Association concernant la recommandation 133 du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/IX/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*

D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les sûretés à sa dixième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.VI/WP.25	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 8	Note du Secrétariat sur les sûretés: projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa dixième session	Deuxième partie, chap. I, G
A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 à 2	Note du Secrétariat sur les sûretés: projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail sur les sûretés à sa dixième session	Deuxième partie, chap. I, H

2. Documents à distribution restreinte

A/CN.9/WG.VI/X/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail sur les sûretés sur les travaux de sa dixième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/X/CRP.2	Proposition de la Commercial Finance Association et des États Unis d'Amérique concernant la recommandation 16 et les questions connexes (A/CN.9/WG.VI/WP.26)	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/X/CRP.3	Proposition de l'Espagne, de la France et de la Chambre de commerce internationale concernant la recommandation 139 (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1)	Non reproduit

3. Documents d'information

A/CN.9/WG.VI/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-troisième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.II/WP.135	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.136	Note du Secrétariat sur le Règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-troisième session	Deuxième partie, chap. II, B
A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1	Règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, proposition de la délégation du Mexique, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-troisième session	Deuxième partie, chap. II, C

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.II/WP.138	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires ou conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-troisième session	Deuxième partie, chap. II, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XLIII/CRP. 1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-troisième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/XLIII/CRP. 2 et Add.1	Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XLIII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-quatrième session

	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.139	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-quatrième session	Deuxième partie, chap. II, F
A/CN.9/WG.II/WP.140	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.141	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: mesures provisoires conservatoires, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa quarante-quatrième session	Deuxième partie, chap. II, G
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XLIV/CRP1 et Add.1 à 5	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-quatrième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XLIV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*

G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.I/WP.37 et Corr.1	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1	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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session	Deuxième partie, chap. III, B
A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1	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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session	Deuxième partie, chap. III, C
A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1	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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa huitième session	Deuxième partie, chap. III, D

2. Documents à distribution restreinte

A/CN.9/WG.I/VIII/CRP.1 et Add.1 à 5	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa huitième session	Non reproduit

3. Documents d'information

A/CN.9/WG.I/VIII/INF.1/ Rev.2	Liste des participants	Non reproduit

H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa quinzième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.I/WP.41	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1	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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session	Deuxième partie, chap. III, F

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.III/WP.43 et Add.1	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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session	Deuxième partie, chap. III, G
A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1	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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session	Deuxième partie, chap. III, H
A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1	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, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa neuvième session	Deuxième partie, chap. III, I
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/IX/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa neuvième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/IX/INF.1/ Rev.1	Liste des participants	Non reproduit

I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session

1. Documents de travail

A/CN.9/WG.III/WP.48	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.49	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: compétence et arbitrage: informations présentées par la délégation danoise à sa quinzième session	Deuxième partie, chap. IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.50/ Rev.1	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: droit de contrôle: informations présentées par la délégation norvégienne, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, C

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.III/WP.51	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: Champ d'application et liberté contractuelle: informations présentées par la délégation finlandaise à la quinzième session, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.52	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: transfert de droits: informations présentées par la délégation suisse, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.53	Note du Secrétariat concernant l'élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: tableau comparatif concernant les limites de la responsabilité du transporteur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.54	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des Pays-Bas concernant l'arbitrage, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.55	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: informations présentées par la délégation suédoise, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.56	Note du Secrétariat sur le droit des transports: projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.57	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: livraison: informations présentées par la délégation néerlandaise, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.58	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des États-Unis d'Amérique, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, K

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.III/WP.59	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa seizième session	Deuxième partie, chap. IV, L
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.1 et Add.1 à 16	Projet de rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa seizième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.2	Proposition commune de la Communauté européenne et des États-Unis d'Amérique sur le chapitre 16 relatif à la compétence	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.3	Proposition commune de la Communauté européenne, du Japon, de la Norvège et des États-Unis d'Amérique	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.4	Proposition de texte pour le chapitre 17 sur l'arbitrage présentée conjointement par le Danemark, les États-Unis d'Amérique, le Japon et les Pays-Bas	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XVI/INF.1/Rev.2	Liste des participants	Non reproduit

J. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session

	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.60 et Corr.1	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.61	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition de la Finlande, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.62	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport: document présenté pour information par la délégation des États-Unis d'Amérique, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, O

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.III/WP.63	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: livraison au destinataire: proposition de la délégation suisse, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.64	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: observations du Conseil des chargeurs maritimes d'Europe, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.65	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition du Japon, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.66	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: contrats de tonnage: document présenté par le Comité maritime international, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.67	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: proposition de texte de la délégation suédoise, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.68	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: proposition des Pays-Bas, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.69	Projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: obligations du chargeur: proposition des États-Unis d'Amérique, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.70	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: propositions de la délégation italienne, soumis au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-septième session	Deuxième partie, chap. IV, W

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XVII/ CRP.1 et Add.1 à 22	Projet de rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-septième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XVII/ INF.1/Corr.1	Liste des participants	Non reproduit

VI. 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

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

---

de trois à six le nombre de groupes de travail.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI			
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A	3
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A	3
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A	3
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A	3
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A	3
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A	3
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A	3
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A	3
A/55/17 (trente-troisième session)	Volume XXXI: 2000	Première partie, A	3
A/56/17 (trente-quatrième session)	Volume XXXII: 2001	Première partie, A	3
A/57/17 (trente-cinquième session)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, A	3
A/58/17 (trente-sixième session)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, A	3
A/59/17 (trente-septième session)	Volume XXXV: 2004	Première partie, A	3
A/60/17 (trente-huitième session)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, A	3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	2. Résolutions de l'Assemblée générale		
2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C	7
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume XIII: 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C	10
34/142	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D	43

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D	26
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	39
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D	57
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D	32
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D	51
55/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D	67
56/79	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
56/80	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
56/81	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
57/17	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	45
57/18	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	46
57/19	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
57/20	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
58/75	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
58/76	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
59/39	Volume XXXV: 2004	Première partie, D	
59/40	Volume XXXV: 2004	Première partie, D	
60/20	Volume XXXVI: 2005	Première partie, D	
60/21	Volume XXXVI: 2005	Première partie, D	

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	3. Rapports de la Sixième Commission		
A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B	5
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A	328
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B	5
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C	25
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C	40
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C	31
A/50/640	Volume XXVI: 1995	Première partie, C	58
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C	40
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C	41
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C	33
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C	51

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/55/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C	68
A/56/588	Volume XXXII: 2001	Première partie, C	63
A/57/562	Volume XXXIII 2002	Première partie, C	44
A/58/513	Volume XXXIV: 2003	Première partie, C	40
A/59/509	Volume XXXV: 2004	Première partie, C	
A/60/515	Volume XXXVI: 2005	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	92
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol.II	Volume X: 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol.II	Volume XII: 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX: 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI: 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII: 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1) 14 (Vol.I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B	39
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B	32
TD/B/42(1)19(Vol.I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B	58
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B	39
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B	41
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B	33

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B	51
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B	68
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volume XXXII: 2001	Première partie, B	63
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, B	43
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, B	39
TD/B/51/8 (Vol.I)	Volume XXXV: 2004	Première partie, B	
TD/B/52/10 (Vol.I)	Volume XXXVI: 2005	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	5
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B	273
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add.1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4, 5	222
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B	89

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1	143
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1	97
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	113
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV	191
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V	195
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	187
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III	163
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6	114
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1	121
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5	49
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4	137
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5	159
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V	255
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4	274
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V	324

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B	183
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A	206
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI	140
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B, C	56
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B	128
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C	142

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D	143
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII: l982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 et Corr.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290
A/CN.9/221	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII: l982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A	433
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII	453
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D	190

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2	186
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C	330
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1	261
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V	365
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII	303

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie	141
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A	67
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III	93
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX	155
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A	115
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN.9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A	123
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III	185

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V	253
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI	267
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX	297
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII	269
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII	291
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X	301
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C	144
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A	311
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A	261
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E	195
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C	340
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A	51
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B	102
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B	399
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII	447
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV	381
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	443
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V	399
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	435
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A	197
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A	37
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A	291
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C	247
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A	347
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C	327
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C	91
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII	395
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A	383
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII	387
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A	139
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A	199
A/CN.9/374 et Corr.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C	175
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D	120
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F	227
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII	293
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V	261
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI	285

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A	245
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII	257
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B	251
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A	149
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A	113
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A	37
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C	186
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C	133
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C	59
A/CN.9/393	Volume XXIV: 1994	Troisième partie, I	321
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E	108
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII	263
A/CN.9/396 et Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV	211
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A	229
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B	239
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C	242
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X	299
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A	287
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B	294
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II	323
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A	67
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C	141
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C	91
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E	177
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III	201
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D	111
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C	225
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A	215
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B	218
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI	245
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V	237
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A	117
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV	189
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A	51
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C	152
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C	99
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII	239

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI	231
A/CN.9/431 et Corr.1	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V	301
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	129
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	47
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D	178
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	75
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E	112
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B	229
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV	271
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII	311
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII	309
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III	194
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A	137
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C	93
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI	271
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V	269
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D	191
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A	165
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A	57
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E	109
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D	208
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III	245
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV	373
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V	395
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX	425
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII	423
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI	417
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A	409
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A	207
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C	457
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A	511
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A	551
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E	301
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I	25
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F	370
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX	679
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII	677
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C	595
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D	610
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A	618

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B	634
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI. C	639
A/CN.9/483	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, A	181
A/CN.9/484	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, C	226
A/CN.9/485 et Corr.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, A	341
A/CN.9/486	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/487	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, D	389
A/CN.9/488	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, A	431
A/CN.9/489 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, B	105
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, C	152
A/CN.9/491 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, D	171
A/CN.9/492 et Add.1 à 3	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, I	303
A/CN.9/493	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, J	313
A/CN.9/494	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/495	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IV	425
A/CN.9/496	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, B	434
A/CN.9/497	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, C	455
A/CN.9/498	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VI	463
A/CN.9/499	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, B	480
A/CN.9/500	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, A	477
A/CN.9/501	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VII	469
A/CN.9/504	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, A	179
A/CN.9/505	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, II	161
A/CN.9/506	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/507	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, D	246
A/CN.9/508	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, D	99
A/CN.9/509	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, A	371
A/CN.9/510	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, A	523
A/CN.9/511	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, H	334
A/CN.9/512	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, A	439
A/CN.9/513 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, G	136
A/CN.9/514	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, H	145
A/CN.9/515	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IX	607
A/CN.9/516	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VIII	605
A/CN.9/518	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, J	367
A/CN.9/521	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/522 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, C	106
A/CN.9/523	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, A	335
A/CN.9/524	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, C	349
A/CN.9/525	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, A	369
A/CN.9/526	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, C	391

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/527	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, A	585
A/CN.9/528	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, C	613
A/CN.9/529	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, A	169
A/CN.9/531	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, A	653
A/CN.9/532	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, C	692
A/CN.9/533 et Add.1 à 7	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, D	152
A/CN.9/534	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, G	325
A/CN.9/535	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, F	322
A/CN.9/536	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IX	729
A/CN.9/537	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, X	735
A/CN.9/539 et Add.1	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, A	707
A/CN.9/540	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, B	
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, II	
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, VIII	
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	
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	

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
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	

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) Groupe de travail I

i) Délais et prescription

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81

ii) Projets d'infrastructure à financement privé

A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, B	84

b) Groupe de travail II

i) Vente internationale de marchandises

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1979	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1	37
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2	41
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3	54
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4	69
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2	36
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3	60
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4	88
A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3	70
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C	90
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	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	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(a)	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(b)	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(c)	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(a)	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(b)	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(c)	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B	333
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1	166
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2	180
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B	135
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B	88
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	161
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1	211
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2	223
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3	227
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B	70
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D	115
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D	108

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F	145
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B	246
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C	271
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D	288
	iii) Arbitrage commercial international		
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B	529
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, B	364
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, C	383
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, E	411
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, B	78
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, C	89
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, E	113
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, F	120
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, B	348
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, D	362
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	
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	
	c) Groupe de travail III		
	i) Réglementation internationale des transports maritimes		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3	173
	ii) Droit des transports		
A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, B	552
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, B	389
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, D	431
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, E	433
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, F	435
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, G	535
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, H	557
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, I	579
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, B	
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, C	

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
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 XXXV:I 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	
	d) Groupe de travail IV		
	i) Effets de commerce internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(a)	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(b)	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(c)	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(d à f)	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(g et h)	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3	102
	ii) Paiements internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B	50

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	iii) Commerce électronique		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B	389
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B	223
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B	141
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1	161
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2	176
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3	177
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4	181
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B	82
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A	253
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B	171
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C	190
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B	191
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C	205
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E	226
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F	239
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	431
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	479
A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, B	204
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, D	244
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, E	270
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, F	277
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, G	294
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, H	302
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, B	387
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, C	406
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, D	425
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, B	601
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.5 et 6	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, D	632
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, E	711
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, F	720
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	
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	

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
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	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D,	291
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D	92
	ii) Insolvabilité		
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B	140
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D	174
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	68
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	102
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B	571
A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, B	199
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, C	238
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, E	275
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, F	286
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, G	332
A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, I	347
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, B	185
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 et 2 et Add.16 et 17	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, E	301
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, C	284
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	

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
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	
	f) Groupe de travail VI: Sûretés		
A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, B	451
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, C	514
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, D	519
A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, B	663
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	
	7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI		
A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III: 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	175
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III	443
A/CN.9/SR.494 à 512	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III	365
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III	369
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III	261
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III	263
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III	353
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II	689
A/CN.9/SR.711 à 730	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, III	503
A/CN.9/SR.739 à 752	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, III	621
A/CN.9/SR.758 à 774	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, II	753
A/CN.9/SR.794 à 810	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, III	
	8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires		
A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13 et annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D	241

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I	429

9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI

	Volume I: 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie	155
	Volume II: l972	Deuxième partie	161
	Volume III: 1972	Deuxième partie	339
	Volume IV: 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A	223
	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B	224
	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A	329
	Volume VII: 1976	Troisième partie, A	345
	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A	351
	Volume IX: 1978	Troisième partie, II	250
	Volume X: 1979	Troisième partie, II	178
	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV	179
	Volume XII: 1981	Troisième partie, III	287
	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV	464
	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV	280
	Volume XV: 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, IV	201
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV	443
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV	445
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV	387
A/CN.9/441 et Corr.1 (non 442)	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV	331
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV	441
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II	281
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I	433
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III	771
A/CN.9/517	Volume XXXII 2001	Troisième partie, IV	579
A/CN.9/538	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, IV	673
A/CN.9/566	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, III	809
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, IV	

Publication des Nations Unies
Publié sur CD-Rom

Número de vente: F.11.V.1
V.10-56797–Janvier 2012
ISSN 0251-4257

USD 80
ISBN 978-92-1-233499-8